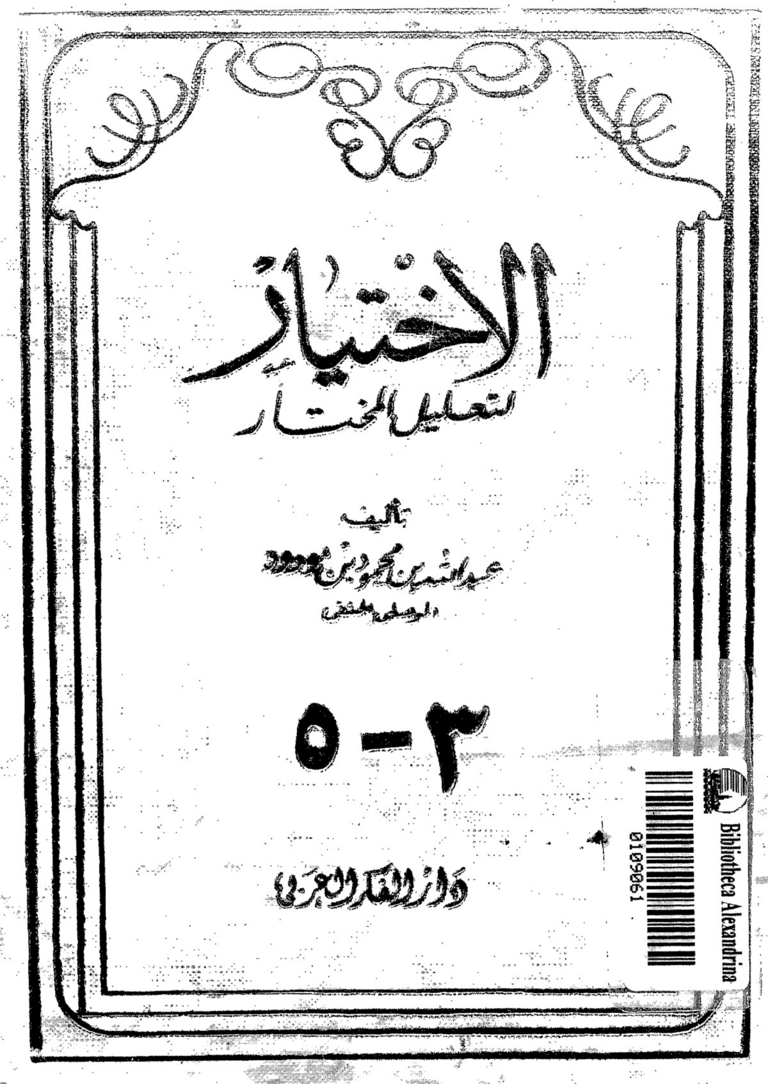

الاختيار
لتعليل المختار
تأليف
عبد الله بن محمود بن مودود
الموصلي الحنفي
٣ - ٥
دار الفكر العربي
Bibliotheca Alexandrina
0109061

الاختيار
لتعليل المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود
الموصلي الحنفي

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم
الشيخ محمود أبو دقيقة
من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الثالث

دار الفكر العربي

مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فى الدِّينِ

(حديث شريف)



كتاب الحوالة

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحوالة

وهى مشتقة من التحوّل بمعنى الانتقال ، يقال : تحوّل من المنزل إذا انتقل عنه ، ومنه تحويل الفراش . وفى الشرع : نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، ولهذا قلنا : إذا صحت الحوالة برئ المحيل لتحوله إلى ذمة المحال عليه ، لأن من المحال بقاء الشئ الواحد فى محلين فى زمان واحد ، وهو عقد مشروع ، قال صلى الله عليه وسلم « من أحيل على ملىء فليتبع » أمر باتباعه ، ولولا الجواز لما أمر به ، حتى إن من العلماء من قال بوجوب الاتباع نظرا إلى ظاهر الحديث ، ونحن نقول : المراد منه الإباحة ، لأن تحوّل حقه إلى ذمة أخرى من غير اختياره ضرر به ، وإنما خصه عليه الصلاة والسلام بالملىء حكما للغالب ، لأن الغالب فى الحوالات ذلك لأنه شرط الجواز ، ثم عند أبى يوسف الحوالة توجب براءة المحيل من الدين والمطالبة براءة مؤقتة إلى أن يتوى ما على المحال عليه ، حتى لو أبرأ المحال المحيل صحّ ؛ ولو أحال الراهن المرتهن بدينه استردّ الرهن . وعند محمد توجب البراءة من المطالبة دون الدين فلا يصحّ الإبراء ، ولا يستردّ الراهن الرهن . لمحمد رحمه الله أن نقل الدين غير ممكن لأنه تمليك المال وذلك لايقبل النقل ، وموجبه المطالبة وهى تقبل النقل ، ولهذا لو أدى المحيل الدين أجبر المحال على قبوله . ولأبى يوسف رحمه الله أن الحوالة أضيفت إلى الدين ، ولو أضيفت إلى المطالبة لاتكون حوالة ، فوجب القول بتحويل الدين

وَهِيَ جائِزَةٌ بالدُّيُونِ دُونَ الأَعْيانِ ، وَتَصِحُّ بِرِضَا المُحِيلِ والمُحْتالِ وَالمحالِ عَلَيْهِ ، وَإِذا تَمَّتِ الحَوَالَةُ بَرِئَ (ز) المُحِيلُ حَتَّى لَوْ ماتَ لايأْخُذُ المُحْتالُ مِنْ تِرْكَتِهِ ، لَكِنْ يَأْخُذُ كَفِيلاً مِنَ الوَرَثَةِ أَوْ مِنَ الغُرَماءِ مَخافَةَ التَّوَى ، وَلا يَرْجِعُ عَلَيْهِ المُحْتالُ إِلاَّ أَنْ يَمُوتَ المُحالُ عَلَيْهِ مُفْلِسا (سم) . أَوْ يَجْحَدَ (ف) وَلا بَيِّنَةَ عَلَيْهِ ، فانْ طالَبَ المُحْتالُ عَلَيْهِ المُحِيلَ فَقالَ : إِنَّما أَحَلْتُ بِدَيْنٍ لى عَلَيْكَ لَمْ يُقْبَلْ ، وَإِنْ طالَبَ المُحِيلُ المُحْتالَ بِمَا أَحالَهُ بِهِ فَقالَ : إِنَّما أَحَلْتَنِي بِدَيْنٍ لى عَلَيْكَ لَمْ يُقْبَلْ .

لحقيقة الإضافة ، وإنما صحّ الأداء من المحيل لأنه ثبت له بالحوالة براءة مؤقتة ، وبالأداء تثبت له براءة مؤبدة وأنه زيادة فائدة .

قال (وهى جائزة بالديون دون الأعيان) لما مرّ أنها تبنى على التحوّل ، وإنما تتحوّل الديون دون الأعيان . قال(وتصحّ برضا المحيل والمحتال والمحال عليه) أما المحيل فلأنه الأصل فى الحوالة ، ومنه توجد ؛ وذكر فى الزيادات أن رضا المحيل ليس بشرط لأن المحال عليه يتصرّف فى نفسه بالتزام الدين ولا ضرر على المحيل بل فيه نفعه ، لأنه لايرجع عليه إلا برضاه . وأما المحتال والمحال عليه ، فلتفاوت الناس فى القضاء والاقتضاء ، فلعل المحال عليه أعسر وأفلس ، والمحال أشد اقتضاء ومطالبة ، فيشترط رضاهما دفعا للضرر عنهما . قال (وإذا تمت الحوالة برئ المحيل) لما مرّ . وقال زفر : لايبرأ لأنها للاستيثاق فبقى الدين على المحيل كالكفالة . وجوابه مامرّ أنها من التحويل ، ولا بقاء مع التحويل على ما بينا فيبرأ المحيل (حتى لو مات لايأخذ المحتال من تركته ، لكن يأخذ كفيلا من الورثة أو من الغرماء مخافة التوى ، ولا يرجع عليه المحتال إلا أن يموت المحال عليه مفلسا أو يجحد ولا بينة عليه) لأنه عجز عن الوصول إلى حقه ، والمقصود من الحوالة سلامة حقه فكانت مقيدة بالسلامة ، فاذا فاتت السلامة انفسخت كالعيب فى المبيع. وعندهما يرجع بوجه آخر أيضا ، وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه فى حياته بناء على أن الإفلاس يتحقق عندهما بقضاء القاضى وعنده لا . قال (فان طالب المحتال عليه المحيل فقال : إنما أحلت بدين لى عليك لم يقبل) وعليه مثل ما أحال لتحقق السبب وهو قضاء دينه بأمره ، لكن المحيل يدعى عليه دينا وهو ينكر ، والقول قول المنكر ، والحوالة ليست إقرارا بالدين فانها تكون بدونه (وإن طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتنى بدين لى عليك لم يقبل) لأن المحتال يدّعى عليه الدين وهو ينكر ، وفى الحوالة معنى الوكالة فيكون القول قوله .

كتاب الصلح

وَيَجُوزُ مَعَ الإقْرَارِ وَالسُّكُوتِ (ف) وَالإنْكَارِ (ف) ؛ فانْ كانَ عَنْ إقْرَارٍ وَهُوَ بِمَالٍ عَنْ مالٍ فَهُوَ كالْبَيْعِ ، وَإنْ كانَ بِمَنافِعَ عَنْ مالٍ فَهُوَ كالإجارَة فانِ اسْتَحَقَّ فيهِ بَعْضُ المُصَالَحِ عَنْهُ رَدَّ حِصَّتَهُ مِنَ العِوَضِ ، وَإنِ اسْتُحِقَّ الجَمِيعُ رَدَّ الجَمِيعَ ، وَإنِ اسْتُحِقَّ كُلُّ المُصَالَحِ عَلَيْهِ رَجَعَ بِكلِّ المُصَالَحِ عَنْهُ ، وَفِي البَعْضِ بِحِصَّتِهِ . وَالصُّلْحُ عَنْ سُكُوتٍ أوْ إنْكارٍ مُعاوَضَةٌ فِى حَقِّ المُدَّعِي ، وفِي حَقِّ المُدَّعَى عَلَيْهِ لافْتِداءِ اليَمِينِ ،

كتاب الصلح

وهو ضدّ الفساد ، يقال : صلح الشيء إذا زال عنه الفساد ، وصلح المريض إذا زال عنه المرض ، وهو فساد المزاج ، وصلح فلان فى سيرته إذا أقلع عن الفساد . وفى الشرع : عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن ، وهو عقد مشروع مندوب إليه ، قال تعالى ـ فأصلحوا بينهما ـ وقال تعالى ـ والصلح خير ـ وقال صلى الله عليه وسلم « كلّ صلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحا حرّم حلالا أو حلل حراما » وقال عمر رضى الله عنه : ردوا الخصوم كى يصطلحوا .

قال (ويجوز مع الإقرار والسكوت والإنكار) لإطلاق ما روينا من النصوص . قال أبو حنيفة رضى الله عنه : أجود ما يكون الصلح عن إنكار لأن الحاجة إلى جوازه أمسّ ، لأن الصلح لقطع المنازعات وإطفاء الثائرات ، وهو فى الصلح عن الإنكار أبلغ ، وللحاجة أثر فى تجويز المعاقدات ، ففى إبطاله فتح باب المنازعات . قال (فان كان عن إقرار وهو بمال عن مال فهو كالبيع) لوجود معنى البيع وهو مبادلة مال بمال بتراضى المتعاقدين والعبرة للمعانى ، فيثبت فيه خيار الرؤية والعيب والشرط والشفعة ، ويشترط القدرة على تسليم البدل ويفسده جهالة البدل لإفضائها إلى المنازعة ، ولا تفسده جهالة المصالح عنه لأنه إسقاط . قال (وإن كان بمنافع عن مال فهو كالإجارة) لوجود معنى الإجارة ، وهو تمليك المنافع بمال حتى تبطل بموت أحدهما فى المدة كما فى صورة الإجارة (فان استحقّ فيه بعض المصالح عنه ردّ حصته من العوض ، وإن استحقّ الجميع ردّ الجميع) لأنه مبادلة كالبيع وحكم البيع كذلك (وإن استحقّ كل المصالح عليه رجع بكلّ المصالح عنه وفى البعض بحصته) لأنه مبادلة لما مرّ . قال (والصلح عن سكوت أو إنكار معاوضة فى حقّ المدعى) لأن من زعمه أنه يأخذعوضا عن ماله وأنه محقّ فى دعواه (وفى حقّ المدّعى عليه لافتداء اليمين)

وَإِنِ اسْتُحِقَّ فِيهِ الْمُصَالَحُ عَلَيْهِ رَجَعَ إِلَى الدَّعْوَى فِى كُلِّهِ وَفِى الْبَعْضِ بِقَدْرِهِ ، وَإِنِ اسْتُحِقَّ الْمُصَالَحُ عَنْهُ رَدَّ الْعِوَضَ ، وَإِنِ اسْتُحِقَّ بَعْضُهُ رَدَّ حِصَّتَهُ وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ ، وَهَلَاكُ الْبَدَلِ كَاسْتِحْقَاقِهِ فِى الْفَصْلَيْنِ ، وَيَجُوزُ الصُّلْحُ عَنْ مَجْهُولٍ (ف) ، وَلَا يَجُوزُ إِلَّا عَلَى مَعْلُومٍ ، وَيَجُوزُ عَنْ جِنَايَةِ الْعَمْدِ وَالْخَطَإِ ،

لأن من زعمه أن لاحقّ عليه وأن المدعى مبطل فى دعواه ، وإنما دفع المال لئلا يحلف ولتنقطع الخصومة (وإن استحقّ فيه المصالح عليه رجع إلى الدعوى فى كله وفى البعض بقدره) لأنه ما ترك الدعوى إلا ليسلم له المصالح عليه ، فاذا لم يسلم له رجع إلى دعواه لأنه البدل (وإن استحقّ المصالح عنه ردّ العوض) ورجع بالخصومة (وإن استحقّ بعضه رد حصته ورجع بالخصومة فيه) لأن المدعى عليه إنما بذل العوض ليدفع الخصومة عنه ، فاذا استحقت الدار ظهر أن لاخصومة فبطل غرضه فيرجع بالعوض ، وفى البعض خلا المعوض عن بعض العوض فيرجع بقدره (وهلاك البدل) قبل التسليم (كاستحقاقه فىالفصلين) قال (ويجوز الصلح عن مجهول) لأنه إسقاط (ولا يجوز إلا على معلوم) لأنه تمليك فيؤدّى إلى المنازعة .

والصلح على أربعة أوجه : معلوم على معلوم . ومجهول على معلوم وهماجائزان ، وقد مرّ الوجه فيهما . ومجهول على مجهول . ومعلوم على مجهول وهما فاسدان . فالحاصل أن كلّ ما يحتاج إلى قبضه لابدّ أن يكون معلوما لأن جهالته تفضى إلى المنازعة ، وما لايحتاج إلى قبضه يكون إسقاطا ولا يحتاج إلى علمه به لأنه لايفضى إلى المنازعة ، ولو ادّعى حقا فى دار لرجل ولم يسمه وادّعى المدّعى عليه حقا فى أرضه فاصطلحا على أن يدفع أحدهما مالا إلى الآخر لايجوز ؛ وإن اصطلحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه جاز ، لأنه لايحتاج إلى التسليم وفى الأولى يحتاج إليه ، ولو ادّعى دارا فصالحه على قدر معلوم منها جاز ويصير كأنه أخذ بعض حقه وأبرأه عن دعوى الباقى ، والبراءة عن العين وإن لم تصحّ لكن البراءة عن الدعوى تصحّ ، فصححناه على هذا الوجه قطعا للمنازعة . قال (ويجوز) الصلح (عن جناية العمد والخطأ) فى النفس وما دونها لإطلاق النصوص ولقوله تعالى ـ فمن عفى له من أخيه شىء ـ نزلت عقيب ذكر القصاص ، ومعناه : فمن عفى له من دم أخيه شىء : أى ترك القصاص ورضى بالمال ، يدلّ عليه قوله تعالى ـ فاتباع بالمعروف وأداء إليه باحسان ـ أى يتبع الطالب المطلوب بما صالحه عليه أو بالدية ولا يطلب أكثر من حقه ، ويؤدّى المطلوب إلى الطالب ما وجب عليه من المال من غير مماطلة ، مروىّ ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما وغيره ، وهذا فى العمد . وأما الخطأ فلأن الواجب هو

وَلاَ يَجُوزُ عَنِ الحُدُودِ ، وَلَوِ ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحاً فَجَحَدَتْ ثُمَّ صَالَحَتْهُ عَلَى مالٍ لِيَتْرُكَ الدَّعْوَى جازَ ، وَلَوْ صَالَحَهَا عَلَى مالٍ لِتُقِرَّ لَهُ بِالنِّكاحِ جازَ وَلَوِ ادَّعَتِ المَرْأَةُ النِّكاحَ فَصَالَحَهَا جازَ ،

المال فأشبه سائر الديون ، إلا أنه لو صالح فى العمد على أكثر من الدية جاز ، لأن الواجب القصاص وليس بمال ، وفى الخطأ لو صالح على أكثر من الدية لايجوز لأن الواجب المال فالزيادة ربا ، وهذا إذا صالحه على نوع من أنواع الدية . أما إذا صالحه على نوع آخر كالحنطة والشعير ونحوهما فانه يجوز بالغة ما بلغت لأنها من خلاف الواجب فلا ربا ، وكلّ ما يصلح مهرا فى النكاح يصلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ، ومالا فلا ، لأن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ، فان صالحه على خمر أو خنزير سقط القصاص ولا يجب شىء لأن المال ليس من ضرورات الصلح فلغا ذكر العوض فيبقى عفوا ، وفى الخطأ تجب الدية لأنه الموجب الأصلى فمتى فسد العوض رجع إليه كما فى النكاح متى فسد المسمى يرجع إلى مهر المثل لأنه موجب أصلى لاينفك عنه النكاح إلا بتسمية غيره ، فاذا عدمت التسمية أو فسدت رجع إليه ، ولا كذلك العمد ؛ ولو صالحه بعفو عن دم على عفو عن دم آخر جاز كالخلع ، ولو قطعت يده فصالحته على أن يتزوّجها وقد برأت يده جاز ، لأنه صالحها على أرش وجب له عليها وسقط الأرش ، وإن مات منها لها مهر مثلها وعليها الدية فى ثلاث سنين ، لأنه ظهر أن حقه فى القتل فلم تصحّ التسمية ، ولو استحقّ العبد المصالح عليه رجع بقيمته فى العمد وبالدية فى الخطأ وقد عرف وجهه ، ولو وجد عيبا يسيرا ردّه فى الخطأ ولا يردّ فى العمد إلا بالفاحش فيردّه ، ويأخذ قيمته ، لأن الصلح فى الخطأ يحتمل الفسخ لوقوعه عن مال ، وفى العمد لايحتمل الفسخ لأنه عن القصاص وقد سقط فلا سبيل إلى استرداده فيرجع بقيمة العوض كالنكاح والخلع . قال (ولا يجوز عن الحدود) لأنها حقّ الله تعالى والمغلب فى حدّ القذف حقّ الشرع عندنا ، ولا يجوز الاعتياض عن حق الغير ، ولهذا لايجوز الصلح عما أشرعه إلى الطريق العام كالظلة والروشن ونحوهما لأنه حقّ العامة ، ولا يملك الاعتياض عن نصيبه لأنه غير منتفع به ، ولو صالحه الإمام فى الظلة ونحوها جاز إذا رأى ذلك مصلحة للمسلمين ويضع بدله فى بيت المال كما إذا باع شيئا من بيت المال . قال (ولو ادّعى على امرأة نكاحا فجحدت ثم صالحته على مال ليترك الدعوى جاز) لأنه أمكن تصحيحه على وجه الخلع ويكون فى حقها لدفع الخصومة ، ويحرم عليه ديانة إذا كان مبطلا (ولو صالحها على مال لتقرّ له بالنكاح جاز) ويجعل زيادة فى المهر لأنها تزعم أنها زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم أنه زاد فى مهرها (ولو ادّعت المرأة النكاح فصالحها) على مال (جاز) وقيل لايجوز ، وجه الجواز

وإن ادَّعى على شخص أنَّهُ عبدُهُ فصالحَهُ على مالٍ جازَ ولا ولاءَ عليْهِ . عبدٌ بينَ رجلَيْنِ أعتقَهُ أحدُهُما وهُوَ مُوسِرٌ فصالَحَهُ الآخرُ على أكثرَ مِنْ نصفِ قيمتِهِ لَمْ يجُزْ ، ويجُوزُ صُلْحُ المُدَّعِي المُنْكِرِ على مالٍ لِيُقِرَّ لَهُ بالعَيْنِ ؛ والفُضُولِيُّ إنْ صالَحَ على مالٍ وضَمِنَهُ أوْ سَلَّمَهُ أوْ قالَ : على ألْفِي هذهِ صَحَّ ؛ وإنْ قالَ : على ألْفٍ لِفُلانٍ يتَوَقَّفُ على إجازةِ المُصالَحِ عَنْهُ ؛ والصلْحُ عمَّا استَحقَّ بِعَقْدِ المُدايَنَةِ أخْذٌ لِبَعْضِ حقِّهِ وإسْقاطٌ لِلْباقِي ولَيْسَ مُعاوَضَةً ؛

جعله زيادة فى المهر ، ووجه عدم الجواز وهو الأصحّ أنه إنما أعطاها المال لتترك الدعوى ، فإن تركتها وكان فرقة فهو لايعطى فى الفرقة البدل ، وإن لم تترك الدّعوى فما حصل له غرضه فلا يصحّ . قال (وإن ادّعى على شخص أنه عبده فصالحه على مال جاز ولا ولاء عليه) لأنه أمكن تصحيحه بجعله فى حقّ المدّعى كالعتق على مال ، وفى حقّ المدّعى عليه لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حرّ الأصل فلهذا لم يكن عليه ولاء لإنكاره ، فان أقام المدّعى بينة بعد ذلك أنه عبده لم تقبل ، لأن من زعمه أنه أعتقه على مال ، وأن العبد اشترى نفسه بهذا المال ، لكن يثبت الولاء عملا بالبينة . قال (عبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته لم يجز) الفضل لأن القيمة منصوص عليه ، قال صلى الله عليه وسلم « قوّم عليه باقيه » فلا تجوز الزيادة عليه ، ولو صالحه على عوض جاز لعدم الجنسية فلا ربا . قال (ويجوز صلح المدعى المنكر على مال ليقرّ له بالعين) وصورته : رجل ادّعى على رجل عينا فى يده فأنكره فصالحه على مال ليعترف له بالعين فانه يجوز ويكون فى حقّ المنكر كالبيع ، وفى حقّ المدّعى كالزيادة فى الثمن . قال (والفضولىّ إن صالح على مال وضمنه أو سلمه ، أو قال : على ألفى هذه صحّ) ولزمه تسليم المال ، ولا يرجع على المدّعى عليه بشىء لأنه تبرّع ، وإنما صحّ الصلح لأنه أضافه إلى نفسه أو إلى ماله . والحاصل للمدّعى عليه البراءة ، ولا ضرر عليه فى ذلك فيصحّ ، وصار كالكفالة بغير أمر المديون (وإن قال : على ألف لفلان يتوقف على إجازة المصالح عنه) إن أجازه جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل كالخلع والنكاح وغيرهما من تصرّفات الفضولى ، ولو قال : صالحتك على ألف وسكت قيل ينفذ ويجب عليه لأنه أضاف العقد إلى نفسه كقوله اشتريت ؛ وقيل يتوقف على إجازة المدّعى عليه لأن الإضافة لم تتحقق إليه ، لأن الفعل كما يقع لنفسه يقع لغيره ، وإنما يعتبر واقعا له إذا كان له فيه منفعة ، ولا منفعة له هنا وإنما المنفعة للمدّعى عليه فاعتبر واقعا له ، بخلاف قوله صالحنى ، لأن الياء كناية عن المفعول فقد جعل نفسه مفعول الصلح فيقع له . قال (والصلح عما استحقّ بعقد المداينة أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقى وليس معاوضة) لأنا لو اعتبرناه

فَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ بِخَمْسِمِائَةٍ ، أَوْ عَنْ أَلْفٍ جِيَادٍ بِخَمْسِمِائَةٍ زُيُوفٍ ، أَوْ عَنْ حَالَّةٍ بِمِثْلِهَا مُؤَجَّلَةً جَازَ ، وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَنَانِيرَ مُؤَجَّلَةٍ لَمْ يَجُزْ ، وَلَوْ صَالَحَهُ عَنْ أَلْفٍ سُودٍ بِخَمْسِمِائَةٍ بِيضٍ لَا يَجُوزُ ، وَلَوْ قَالَ لَهُ : أَدِّ إِلَيَّ غَدًا خَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ ، فَلَمْ يُؤَدِّهَا إِلَيْهِ فَالْأَلْفُ بِحَالِهَا (س) .

معاوضة يكون ربا ، وتصحيح تصرّفه واجب ما أمكن ، وقد أمكن بما ذكرناه من الطريق فيصار إليه (فإن صالحه على ألف درهم بخمسمائة ، أو عن ألف جياد بخمسمائة زيوف ، أو عن حالة بمثلها مؤجلة جاز) فى الأولى أسقط بعض حقه ، وفى الثانية بعضه والصفة ، وفى الثالثة تعذّر جعله معاوضة النقد بالنسيئة لحرمته فحملناه على تأجيل نفس الحقّ وكلّ ذلك حقه فله إسقاطه (ولو صالحه على دنانير مؤجلة لم يجز) لأنه بيع الدراهم بالدنانير نسيئة ، وإنه لايجوز لأنها ليست من جنس الحقّ المستحقّ ليكون إسقاطا لبعضه وتأجيلا لبعضه فتعين ما ذكرناه ؛ ولو صالحه على ألف مؤجلة بخمسمائة حالة لم يجز لأنه اعتياض عن الأجل ، ولا يجوز لأن المعجلة خير من المؤجلة ، فيكون التعجيل بازاء ما حطّ عنه فلا يصحّ . قال (ولو صالحه عن ألف سود بخمسمائة بيض لايجوز) لأن البيض غير مستحقة فيكون معاوضة وإنه لايجوز (ولو قال له : أدّ إلىّ غدا خمسمائة على أنك برىء من خمسمائة فلم يؤدها إليه فالألف بحالها) وقال أبو يوسف : سقط خمسمائة ، وأجمعوا أنه لو أدّى خمسمائة غدا برئ ، لأبى يوسف أنه إبراء مطلق لأنه جعل الأداء عوضا عن الإبراء نظرا إلى كلمة علىّ ، والأداء لايصلح أن يكون عوضا لوجوبه عليه فصار ذكره كعدمه . ولهما أنه إبراء مقيد بشرط الأداء ، وأنه غرض صالح حذرا من إفلاسه أو ليتوسل بها إلى ما هو الأنفع من تجارة رابحة أو قضاء دين أو دفع حبس ، فاذا فات الشرط بطل الإبراء ، وكلمة على تحتمل الشرط فيحمل عليه عند تعذّر المعاوضة تصحيحا لكلامه وعملا بالعرف . ولو قال : أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطينى الخمسمائة غدا صحّ الإبراء أعطى الخمسمائة أو لم يعط ، لأنه أطلق الإبراء ووقع الشكّ فى تعليقه بالشرط فلا يتقيد ، بخلاف المسألة الأولى لأنه من حيث إنه لايصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث إنه يصلح شرطا لايقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشكّ . ولو قال : أدّ إلىّ خمسمائة على أنك برىء من الفضل ولم يوقت فهو إبراء مطلق ، لأن الأداء واجب عليه فى جميع الأوقات فلم يصلح عوضا فلم يتقيد . ولو قال : صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلىّ غدا وأنت برىء من الباقى على أنك إن لم تدفعها غدا فالألف عليك فهو كما قال لأنه صرّح بالتقييد . ولو ادّعى عبدا فصالحه على غلته شهرا لم يجز ، وعلى خدمته شهرا يجوز ، لأنها معلومة

وَلَوْ صَالَحَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ عَنْ نَصِيبِهِ بِثَوْبٍ ، فَشَرِيكُهُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنْهُ نِصْفَ الثَّوْبِ إِلاَّ أَنْ يُعْطِيَهُ رُبْعَ الدَّيْنِ ، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَدْيُونَ بِنِصْفِهِ ، وَلاَ يَجُوزُ صُلْحُ أَحَدِهِمَا فِى السَّلَمِ عَلَى أَخْذِ نَصِيبِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَإِنْ صَالَحَ الْوَرَثَةُ بَعْضَهُمْ عَنْ نَصِيبِهِ بِمَالٍ أَعْطَوْهُ ، وَالتَّرِكَةُ عُرُوضٌ جَازَ قَلِيلاً أَعْطَوْهُ أَوْ كَثِيرًا ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ أَحَدَ النَّقْدَيْنِ فَأَعْطَوْهُ خِلاَفَهُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ نَقْدَيْنِ فَأَعْطَوْهُ مِنْهُمَا ، وَلَوْ كَانَتْ نَقْدَيْنِ وَعُرُوضًا

والغلة مجهولة غير مقدورة التسليم ، لأنها لاتجب إلا بعد الإجارة والعمل . قال (ولو صالح أحد الشريكين عن نصيبه بثوب فشريكه إن شاء أخذ منه نصف الثوب) لأنّ له حقّ المشاركة لأنه عوض عن دينه ، فاذا اختار ذلك فقد أجاز فعل الشريك (إلا أن يعطيه ربع الدين) لأنه حقه فى الدين لافى الثوب (وإن شاء اتبع المديون بنصفه) لبقاء حصته فى ذمته ، لأنه لم يأذن له بالدفع إلى غيره ، والدين المشترك كالموروث وقيمة عين مستهلكة بينهما وثمن مبيع ونحوه . قال (ولا يجوز صلح أحدهما فى السلم على أخذ نصيبه من رأس المال) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويتوقف على إجازة شريكه ، فان ردّ بطل أصلا وبقى المسلم فيه بينهما على حاله وإن أجاز نفذ عليهما فيكون نصف رأس المال بينهما وباقى الطعام بينهما ، لأنه قسمة الدين قبل قبضه فلا يجوز ، كما إذا كان لهما على رجل دراهم وعلى آخر دنانير ، فتصالحا على أن لهذا الدراهم ولهذا الدنانير فانه لايصحّ . وبيان كونه قسمة أنه يمتاز أحد النصيبين عن الآخر ولأنه فسخ على شريكه عقده ، فلايجوز لأن العقد صدر منهما ، ولهذا يرجع عليه بنصف رأس المال إذا توى الباقى على المطلوب . وقال أبو يوسف رحمه الله : جاز الصلح وله نصف رأس المال ، وصاحبه إن شاء شاركه فيما قبض وإن شاء اتبع المطلوب بنصفه ، إلا إذا توى عليه فيرجع على شريكه ، له الاعتبار بسائر الديون ، وبما إذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما فى نصيبه . قال (وإن صالح الورثة بعضهم عن نصيبه بمال أعطوه والتركة عروض جاز قليلا أعطوه أو كثيرا) لما بينا أنه فى معنى البيع ، وعثمان رضى الله عنه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع الثمن وكان له أربع نسوة على ثمانين ألف دينار بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير . قال (وكذلك إن كانت أحد النقدين فأعطوه خلافه) لأن بيع الجنس بخلافه جائز (وكذلك لو كانت نقدين فأعطوه منهما) ويصرف كل واحد منهما إلى خلاف جنسه ، وقد مرّ فى البيوع ؛ ثم إن كان فى يده شىء من التركة ، إن كان مقرّا به يكون أمانة ، فلابدّ من تجديد القبض فيه لأنه أضعف من قبض الصلح فلا ينوب عنه ، وإن كان جاحدا له صار مضمونا عليه فينوب عن قبض الصلح (ولو كانت نقدين وعروضا

فَصَالَحُوهُ عَلَى أَحَدِ النَّقْدَيْنِ فلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ مِنْ ذَلِكَ الجِنْسِ ، وَلَوْ كَانَ بَدَلُ الصُّلْحِ عَرْضًا جازَ مُطْلَقا ، وَإِنْ كَانَ فِى التَّرِكَةِ دُيُونٌ فأَخْرَجُوهُ مِنْها عَلَى أَنْ تَكُونَ لَهُمْ لا يَجُوزُ ، وَإِنْ شَرَطُوا بَرَاءَةَ الغُرَماءِ جازَ .

كتاب الشركة

فصالحوه على أحد النقدين ، فلا بدّ أن يكون أكثر من نصيبه من ذلك الجنس) ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة تحرّزا عن الربا (ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا) لعدم تحقق الربا ، وكلّ موضع يقابل فيه أحد النقدين بالآخر يشترط القبض بالمجلس لأنه صرف . قال (وإن كان فى التركة ديون فأخرجوه منها على أن تكون لهم لايجوز) لأنه تمليك الدين من غير من عليه الدين (وإن شرطوا براءة الغرماء جاز) لأنه إسقاط أو تمليك الدين ممن هو عليه وإنه جائز ، وإن كان على الميت دين لايصالحون ولا يقسمون حتى يقضوا دينه لتقدم حاجته ، ولقوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - وإن قسموها ، فان كان الدين مستغرقا للتركة بطلت لأنه لاملك لهم فيها ، وإن كان غير مستغرق جاز استحسانا لاقياسا ، والله سبحانه أعلم .

كتاب الشركة

الشرك : النصيب ، قال صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له فى عبد » أى نصيبا ؛ قال النابغة الجعدى :

وشاركنا قريشا فى تقاها وفى أحسابها شرك العنان

أى أخذنا نصيبا من التقى والحسب مثل نصيب قريش منهما ، كشركة العنان لكلّ واحد نصيب من المال والكسب ، وسمى الشريكان لأن كلّ واحد منهما شركا فى المال : أى نصيبا . وهى فى الشرع : الخلطة وثبوت الحصة ، وهى مشروعة بالنصوص ، قال عليه الصلاة والسلام « يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما » وقال عليه الصلاة والسلام « الشريكان الله ثالثهما ما لم يخونا ، فاذا خانا محيت البركة بينهما » وكان قيس بن السائب شريك رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تجارة البز والأدم . وذكر الكرخى أسامة بن شريك ، وقال عليه الصلاة والسلام فى صفته « كان شريكى وكان خير شريك لايشارى ولا يمارى ولا يدارى » أى لايلح ولا يجادل ولا يدافع عن الحقّ ، وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونها

الشَّرِكَةُ نَوْعانِ : شَرِكَةُ مِلْكٍ ، وَشَرِكَةُ عَقْدٍ . فَشَرِكَةُ المِلْكِ نَوْعانِ : جَبْرِيَّةٌ ، وَاخْتِيارِيَّةٌ . وَشَرِكَةُ العُقُودِ نَوْعانِ : شَرِكَةٌ فى المَالِ ، وَشَرِكَةٌ فى الأَعْمالِ . فالشَّرِكَةُ فى الأَمْوالِ أَنْوَاعٌ : مُفاوَضَةٌ ، وَعِنانٌ ، وَوجُوهٌ ، وَشَرِكَةٌ فى العُرُوضِ . وَالشَّرِكَةُ فى الأَعْمالِ نَوْعانِ : جائِزَةٌ وَهِيَ شَرِكَةُ الصَّنائِعِ ، وَفاسِدَةٌ وَهِيَ الشَّرِكَةُ فى المُباحاتِ . أَمَّا المُفاوَضَةُ فَهُوَ أَنْ يَتَساوَيا فى التَّصَرُّفِ وَالدَّيْنِ (س) وَالمَالِ الَّذِى تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ .

فلم ينكر عليهم وتعاملوا بها إلى يومنا هذا من غير نكير فكان إجماعا . قال (الشركة نوعان : شركة ملك ، وشركة عقد . فشركة الملك نوعان : جبرية ، واختيارية . وشركة العقود نوعان : شركة فى المال ، وشركة فى الأعمال . فالشركة فى الأموال أنواع : مفاوضة ، وعنان ، ووجوه ، وشركة فى العروض . والشركة فى الأعمال نوعان : جائزة وهى شركة الصنائع ، وفاسدة وهى الشركة فى المباحات) وسيأتيك بيان ذلك إن شاء الله تعالى . أما شركة الأملاك ، أما الجبرية بأن يختلط مالان لرجلين اختلاطا لايمكن التمييز بينهما أو يرثان مالا . والاختيارية أن يشتريا عينا أو يتهبا أو يوصى لهما فيقبلان أو يستوليا على مال أو يخلطا مالهما ، وفى جميع ذلك كل واحد منهما أجنبى فى نصيب الآخر لايتصرّف فيه إلا باذنه لعدم إذنه له فيه ، ويجوز بيع نصيبه من شريكه فى جميع الوجوه ، وأما من غيره فما ثبتت الشركة فيه بالخلط أو الاختلاط لايجوز إلا باذن شريكه ، لأن الخلط استهلاك معنى فأورث شبهة زوال ملك نصيب كلّ واحد منهما إلى صاحبه ، وفيما يثبت بالميراث والبيع والهبة والوصية يجوز بيع أحدهما نصيبه من أجنبى بغير إذن صاحبه ، لأن ملك كلّ واحد منهما قائم فى نصيبه من كل وجه . وأما شركة العقود فركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول : شاركتك فى كذا وكذا فيقول الآخر : قبلت . وشرطها أن يكون التصرّف المعقود عليه قابلا للوكالة حتى لايجوز على الاحتطاب وأشباهه ليكون الحاصل بالتصرّف مشتركا بينهما إذ هو المطلوب من عقد الشركة (أما المفاوضة فهو أن يتساويا فى التصرّف والدين والمال الذى تصحّ فيه الشركة) لأنها فى اللغة تقتضى المساواة ، يقال : فاوض يفاوض : أى ساوى يساوى ، فلا بدّ من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك فيما ذكرناه . أما المال فلأنه الأصل فى الشركة ومنه يكون الربح . وأما التصرف فلأنه متى تصرّف أحدهما تصرّفا لايقدر الآخر عليه فاتت المساواة ، وكذا فى الدين لأن الذمىّ يملك من التصرّف فى بيع الخمر والخنزير وشرائهما ما لايملكه المسلم فلا مساواة بينهما ، فلهذا قلنا : لايصح بينهما مفاوضة وقال أبو يوسف رحمه الله : تنعقد المفاوضة بينهما ، لأن ما يملكه الذمى من بيع الخمر والخنزير يملكه المسلم بالتوكيل فتحققت المساواة . قلنا الذمىّ يملك ذلك بنفسه

وَلا تَصِحُّ إِلاَّ بَيْنَ الحُرَّيْنِ البالِغَيْنِ العاقِلَيْنِ المُسْلِمَيْنِ أَوِ الذِّمِّيَّيْنِ ، وَلا تَنْعَقِدُ إِلاَّ بِلَفْظِ المُفاوَضَةِ ، أَوْ تَبْيِينِ جَمِيعِ مُقْتَضاها ، وَلا يُشْتَرَطُ تَسْلِيمُ المَالِ وَلا خَلْطُهُما ، وَتَنْعَقِدُ عَلى الوَكالَةِ وَالكَفالَةِ ، فَمَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما على الشَّرِكَةِ إِلاَّ طَعامَ أَهْلِهِ وإِدامَهُمْ وَكِسْوَتَهُمْ وَكِسْوَتَهُ ، وَلِلْبائِعِ مُطالَبَةُ أَيِّهِما شاءَ بالثَّمَنِ ،

وبنائبه ، ولا كذلك المسلم فانتفت المساواة ، فاذا عقدا المفاوضة صارت عنانا عندهما لفوات شرط المفاوضة ووجود شرط العنان ، وكذلك كلّ ما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعل عنانا إذا أمكن تصحيحا لتصرّفهما بقدر الإمكان . قال (ولا تصحّ إلا بين الحرين البالغين العاقلين المسلمين أو الذميين) وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا لتساويهما فى التصرّف ولا تصحّ بين العبد والحرّ ، ولا بين الصبيّ والبالغ للتفاوت بينهما ، فان الحرّ والبالغ يملكان الكفالة والتبرّعات ، ولا كذلك الصبيّ والعبد ، أو يملكانها باذن الوليّ والمولى ، ولا تصحّ بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين ، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الكفالة وأنها تنعقد على الكفالة على ما نبينه إن شاء الله تعالى . والأصل فى جوازها قوله صلى الله عليه وسلم « فاوضوا فانه أعظم للبركة » ولأنها تشتمل على الوكالة والكفالة والشركة فى الربح وكلّ واحد منها جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع . قال (ولا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة) لأن العوامّ قلما يعلمون شرائطها ، وهذه اللفظة تتضمن شرائطها ومعناها (أو تبيين جميع مقتضاها) لأن العبرة للمعانى . قال (ولا يشترط تسليم المال) لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان فى العقود . قال (ولا خلطهما) لأن المقصود الخلط فى المشترى ، وكلّ واحد منهما يشترى بما فى يده بخلاف المضاربة ، لأنه لابد من التسليم ليتمكن من الشراء ، ويشترط حضوره عند العقد أو عند المشترى ، لأن الشركة تتمّ بالشراء لأن الربح به يحصل. قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) لأن المساواة بذلك تتحقق ، وهو أن يكون كلّ واحد منهما مطالبا بما طولب به صاحبه بالتجارة وهو الكفالة ، وأن يكون الحاصل فى التجارة بفعل أيهما كان مشتركا بينهما وهى الوكالة ، فكان معنى المفاوضة وهو المساواة يقتضى الكفالة والوكالة ، فكأنّ كل واحد منهما فوّض إلى الآخر أمر الشركة على الإطلاق ورضى بفعله ، وذلك يقتضى الوكالة والكفالة أيضا . قال (فما يشتريه كل واحد منهما على الشركة) عملا بعقد المفاوضة (إلا طعام أهله وإدامهم وكسوتهم وكسوته) والقياس أن يكون على الشركة بمقتضى العقد ، إلا أنا استحسنا ذلك للضرورة ، فان الطعام والكسوة من اللوازم ، ولا يمكن إيجادها من مال غيره فيجب فى ماله ضرورة . قال (وللبائع مطالبة أيهما شاء بالثمن) بمقتضى الكفالة ثم يرجع الكفيل على المشترى بنصف

وَإِنْ تَكَفَّلَ بِمَالٍ عَنْ أَجْنَبِيٍّ لَزِمَ صَاحِبَهُ (سم) ، فَإِنْ مَلَكَ أَحَدُهُمَا مَا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ صَارَتْ عِنَانًا ، وَكَذَا فِي كُلِّ مَوْضِعٍ فَسَدَتْ فِيهِ المُفَاوَضَةُ لِفَوَاتِ شَرْطٍ لَا يُشْتَرَطُ فِي العِنَانِ ، وَلَا تَنْعَقِدُ المُفَاوَضَةُ وَالعِنَانُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَتِبْرِيهِمَا إِنْ جَرَى التَّعَامُلُ بِهِ وَبِالفُلُوسِ الرَّائِجَةِ ،

ما أدّى لأنه كفيل أدّى عنه بأمره . قال (وإن تكفل بمال عن أجنبيّ لزم صاحبه) وقالا : لايلزمه لأنه تبرّع حتى لايصحّ من الصبيّ والمأذون وصار كالإقراض ، وله أنه تبرّع ابتداء لما ذكر معاوضة انتهاء لأنه يجب له الضمان على المكفول عنه حتى لو كفل عنه بغير أمره لايلزم شريكه ، وبالنظر إلى المعاوضة يلزم شريكه والإقراض ممنوع أو يقول هو إعارة ، ولهذا لايصحّ فيه التأجيل ، وللمردود فى الإعارة حكم العين لاحكم البدل ، فلم توجد المعاوضة وضمان الغصب والاستهلاك كالكفالة لأنه معاوضة انتهاء ، وكذا ما يلزم أحدهما من الديون بسبب تصحّ فيه الشركة كالبيع والإجارة ونحوهما يلزم شريكه ، وما لزم بسبب لاتصحّ فيه الشركة لايلزم كالنكاح وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحوه . قال (فإن ملك أحدهما ما تصحّ فيه الشركة صارت عنانا) لزوال المساواة ، وذلك مثل الإرث والوصية والاتهاب والمساواة فى العنان ليست بشرط فتصير عنانا لوجود شرائطها (وكذا فى كل موضع فسدت فيه المفاوضة لفوات شرط لايشترط فى العنان) فتصير عنانا وإن ملك شيئا لاتصحّ فيه الشركة كالعقار والعروض ، فالمفاوضة بحالها لأن ذلك لايبطلها فى الابتداء فكذا حالة البقاء . قال (ولا تنعقد المفاوضة والعنان إلا بالدراهم والدنانير وتبريهما إن جرى التعامل به وبالفلوس الرائجة) أما الدراهم والدنانير فلأنهما ثمن الأشياء خلقة ووضعا ولاخلاف فى ذلك . وأما التبر فقيل يجوز مطلقا لأن الذهب والفضة خلقا ثمنين ؛ وقيل لايجوز إلا بالتعامل وهو الأصحّ لأنهما وإن خلقا للثمنية لكن بوصف الضرب حتى لاينصرف الاسم عند الإطلاق إلى التبر ، وإنما ينصرف إلى المضروب ، إلا أنا أجرينا التعامل مجرى الضرب عملا بالعرف فألحقناه بهما عند التعامل ؛ وإن كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير ، أو لأحدهما سود وللآخر بيض جازت المفاوضة إن استوت قيمتهما ، لأنه جنس واحد من حيث الثمنية ، وإن تفاضلا فى القيمة لاتصحّ مفاوضة وتصير عنانا لما تقدّم . وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله : أنه لايجوز وإن استويا فى القيمة ، وهو قول زفر ، لأن الشركة تنبئ عن الخلطة ، ولا اختلاط مع اختلاف الجنس . وجوابه أنهما جنس واحد من حيث الثمنية نظرا إلى المقصود على ما بينا . وأما الفلوس فلأنها إذا راجت التحقت بالأثمان . وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله : أنه لايجوز لأن ثمنيتها تتعين بالاصطلاح ومحمد

وَلا تَصِحُّ بِالْعُرُوضِ (ف) إلاَّ أنْ يَبِيعَ أحَدُهُما نِصْفَ عُرُوضِهِ بِنِصْفِ عُرُوضِ الآخَرِ إذَا كانَتْ قِيمَتاهُما عَلَى السَّوَاءِ ، ثُمَّ يَعْقِدَانِ الشَّرِكَةَ وَشَرِكَةُ العِنان تَصِحُّ مَعَ التَّفاضُلِ فى المَالِ ، وَتَصِحُّ مَعَ التَّفاضُلِ فى المَالِ وَالتَّساوِى فى الرِّبْحِ إذَا عَمِلا أوْ شَرَطا زِيادَةَ الرِّبْحِ لِلْعامِلِ ،

مرّ على أصله فى ثمنيتها حتى لاتتعين بالتعيين حالة النفاق والرواج. قال (ولاتصحّ بالعروض) لأنه يؤدى إلى ربح مالم يضمن ، لأنه لابد من بيعها ، فاذا باع أحدهما عروضه بألف وباع الآخر عروضه بألف وخمسمائة ومقتضى العقد الشركة فى الكيل ، فما يأخذه صاحب الألف زيادة على الألف ربح مالم يضمن ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن . قال (إلا أن يبيع أحدهما نصف عروضه بنصف عروض الآخر إذا كانت قيمتاهما على السواء) فتنعقد شركة أملاك (ثم يعقدان الشركة) على قيمتها وهذه شركة العروض ؛ وإن اشترکا على أن يبيع كلّ واحد منهما عروضه ويكون ثمنه بينهما لايجوز لما تقدّم . وتصحّ الشركة بالمكيل والموزون والمعدود المتفاوت إذا خلطا واتحد الجنس ، وما ربحا لهما والوضيعة عليهما . وذكر الكرخى أن عند أبى يوسف رحمه الله : هى شركة أملاك لأنها ليست بأثمان فلا يصحّ التفاضل فى الربح . وعند محمد : تصحّ شركة عقد بالخلط لأنها تصلح ثمنا لوجوبها دينا فى الذمة ، إلا أن قبل الخلط لاتتحقق الوكالة ، فإنه لو قال له : اشتر بحنطتك شيئا على أن يكون بيننا لايصحّ ، لأن توكيل الغير ببيع ملك نفسه لايجوز ، وبعد الخلط تتحقق الوكالة فصحت الشركة . قال (وشركة العنان تصحّ مع التفاضل فى المال) إلا أنها لاتقتضى المساواة فيجوز أن يشترکا فى عموم التجارات وفى خصوصها وببعض ماله لأنها تنبىء عن الحبس ، يقال : عنّ الرجل إذا حبس ، والعنين محبوس عن النساء ، والعنان يحبس الدابة عن بعض الإطلاق ، فكأنّ شريك العنان حبس بعض ماله عن الشركة ؛ أو حبس شريكه عن بعض التجارات فى ماله ، وتعتبر قيمة رأس المالين المختلفين يوم الشركة ، لأنه إنما يستحقّ زيادة الربح بالشرط يوم الشركة ، ويعتبر قيمتهما يوم الشراء ليعرف مقدار ملكهما فى المشترى ، لأن حقهما ينتقل إلى المشترى بالشراء ، ويعتبر قيمتهما يوم القسمة أيضا ، لأن عند القسمة يظهر الربح . قال (وتصح مع التفاضل فى المال والتساوى فى الربح إذا عملا أو شرطا زيادة الربح للعامل) وقال زفر : لاتصحّ المساواة فى المال والتفاوت فى الربح ولا على العكس ، ولا يجوز إلا أن يكون الربح على قدر رأس المال ، لأنه يؤدى إلى ربح مالم يضمن كالمفاوضة ، ولأنه لايجوز اشتراط الوضيعة هكذا فكذا الربح . ولنا قول علىّ رضى الله عنه : الربح على ما اشترط المتعاقدان ، والوضيعة على المال . ولأن الربح كما يستحقّ بالمال يستحق بالعمل

وَإِذَا تساوَيا فِي المَالِ وَشَرَطا التَّفاوُتَ فِي الرِّبْحِ وَالوَضِيعَةِ فالرِّبْحُ عَلَى ماشَرَطا والوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ المَالَيْنِ ، وتَنْعَقِدُ عَلَى الوَكالَةِ ، وَلا تَنْعَقِدُ عَلَى الكَفالَةِ. وَلا تَصِحُّ فِيما لاتَصِحُّ الوَكالَةُ بِهِ كالاحْتِطابِ وَالاحْتِشاشِ ، وَما جَمَعَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما فَهُوَ لَهُ ، فإنْ أعانَهُ الآخَرُ فَلَهُ أجْرُ مِثْلِهِ ، وَإنْ هَلَكَ المَالانِ أوْ أحَدُهُما فِي شَرِكَةِ العِنانِ قَبْلَ الشِّراءِ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ . وَإنِ اشْتَرَى أحَدُهُما بِمالِهِ ثُمَّ هَلَكَ مالُ الآخَرِ فالمُشْتَرَى بَيْنَهُم على ماشَرَطا ، وَيَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَإنْ هَلَكَ أحَدُ المَالَيْنِ ثُمَّ اشْتَرَى أحَدُهُما فالمُشْتَرَى لِصَاحِبِ المَالِ خاصَّةً ،

كالمضارب ، فان أحدهما قد يكون أعرف بأمور التجارات وأهدى إلى البياعات فلا يرضى بالمساواة (وإذا تساويا فى المال وشرطا التفاوت فى الربح والوضيعة ، فالربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين) قال صلى الله عليه وسلم « الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين » من غير فصل ، ولأنا جوّزنا اشتراط زيادة الربح بمقابلة العمل تقديرا . أما زيادة الوضيعة فلا وجه لها ، وصار كما إذا شرطا الوضيعة على الضارب فانه لايصح كذلك هنا . قال (وتنعقد على الوكالة) لما مرّ (ولاتنعقد على الكفالة) لأنها إنما ثبتت فى المفاوضة قضية للمساواة ولا مساواة هنا . قال (ولا تصحّ فيما لاتصحّ الوكالة به كالاحتطاب والاحتشاش) لأن الوكالة فى ذلك باطلة لأنها مباحة ، لأن الآخذ يملكه بدون التوكيل فيكون فاعلا لنفسه ، ومن ذلك اجتناء الثمار من الجبال والاصطياد وحفر المعادن وأخذ الملح والجصّ والكحل وغيرها من المباحات (وما جمعه كلّ واحد منهما فهو له) دون صاحبه لأنه مباح سبقت يده عليه (فان أعانه الآخر فله أجر مثله) بالغا ما بلغ لأن الشركة متى فسدت صارت إجارة فاسدة ، ولو استأجره فى ذلك بنصف المجموع كان له أجر المثل بالغا ما بلغ كذلك هنا . وقال أبويوسف : له أجر مثله لايجاوز به نصف الثمن تحقيقا للفائدة ، وهذه الشركة فاسدة . قال (وإن هلك المالان أو أحدهما فى شركة العنان قبل الشراء بطلت الشركة) أما إذا هلكا فلأن المعقود عليه المال وأنه يتعين فيها كالهبة والوصية وقد هلك فيبطل العقد كالبيع ، وأما إذا هلك أحدهما فلأن الآخر ما رضى بشركة فى ماله إلا ليشركه فى ماله أيضا ، وقد فاتت الشركة فى الهالك فيفوت الرضى فيبطل العقد . قال (وإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ما شرطا) لانعقاد الشركة وقت الشراء (ويرجع على صاحبه بحصته من الثمن) لأنه اشترى له بالوكالة ونقد الثمن من ماله فيرجع عليه لما مرّ (وإن هلك أحد المالين ثم اشترى أحدهما فالمشترى لصاحب المال خاصة) لأن الوكالة بطلت بهلاك أحد المالين كما تقدم فيكون

وَلا يَجُوزُ أنْ يَشْتَرِطا لأحَدِهِما دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً مِنَ الرِّبْحِ ؛ وَلِشَرِيكِ العِنانِ وَالمُفاوِضِ أنْ يُوَكِّلَ وَيُبْضِعَ وَيُضارِبَ وَيُودِعَ وَيَسْتَأْجِرَ عَلَى العَمَلِ ، وَهُوَ أمِينٌ فى المَالِ . وَشَرِكَةُ الصَّنائِعِ : أنْ يَشْتَرِكَ صَانِعانِ اتَّفَقا فى الصَّنْعَةِ أوِ اخْتَلَفا عَلَى أنْ يَتَقَبَّلا الأعْمالَ وَيَكُونُ الكَسْبُ بَيْنَهُما فَيَجُوزُ ، وَما يَتَقَبَّلُهُ أحَدُهُما يَلْزَمُهُما ، فَيُطالَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما بِالعَمَلِ وَيُطالِبُ بِالأجْرِ .

مشتريا لنفسه خاصة ، وإن كانا نصا على الوكالة فى عقد الشركة كان المشترى بينهما على ما شرطا وتكون شركة أملاك ، لأن الشركة بطلت لما بينا ، والمشترى بحكم الوكالة المصرّح بها لا بحكم الشركة المعقودة فكانت شركة أملاك ، ويرجع عليه بحصته من الثمن لما مر . قال (ولا يجوز أن يشترطا لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لأنه قد لايربح ما سميا أو يربح ذلك لاغير فتبطل الشركة فكان شرطا مبطلا للشركة فلا يجوز . قال (ولشريك العنان والمفاوض أن يوكل ويبضع ويضارب ويودع ويستأجر على العمل) لأن كل ذلك من أفعال التجار (وهو أمين فى المال) لأنه قبضه من المالك باذنه وليس له أن يشارك ، لأن الشىء لايستتبع مثله ، فلو شارك المفاوض عنانا جاز عليهما لأنه دون المفاوضة ، ولو فاوضه جاز بإذن شريكه ، فان لم يأذن ينعقد عنانا لأن الشىء لايستتبع مثله ، فإذا أجاز المفاوضة كانت شركة مبتدأة وإلا فهى عنان لأنه لابدّ له من الاستعانة بغيره وهذا دونه فيجوز كالمضارب له أن يوكل وليس له أن يضارب . قال (وشركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل ، وهى (أن يشترك صانعان اتفقا فى الصنعة أو اختلفا على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز) وقال زفر : لايجوز مع اختلاف العمل لأن الشركة تنبئ عن الخلطة ولا اختلاط مع الاختلاف . ولنا أنها شركة فى ضمان العمل وفيما يستفاد به وهو الأجر لا فى نفس العمل ، والوكالة فيه ممكنة ، لأن ما يتقبل كلّ واحد منهما من العمل فهو أصيل فى نصفه وكيل فى نصفه ، وبذلك تتحقق الشركة ؛ ولو استويا فى العمل وتفاضلا فى المال جاز أيضا ، لأن الأجرة بدل عملهما ، وأنهما يتفاوتان فيكون أحدهما أجود عملا وأحسن صناعة فيجوز ؛ والقياس أن لايجوز لأنه يؤدّى إلى ربح ما لم يضمن ، لأنه الضمان يقدر العمل فالزيادة عليه زيادة ربح ما لم يضمن . قلنا المأخوذ هنا ليس بربح ، لأن الربح يقتضى المجانسة بينه وبين رأس المال ولا مجانسة ، لأن رأس المال هو العمل والربح مال فكان بدل العمل على ما بينا . قال (وما يتقبله أحدهما يلزمهما فيطالب كلّ واحد منهما بالعمل ويطالب بالأجر) استحسانا . والقياس أنه لايلزم شريكه ، لأن ذلك مقتضى المفاوضة والشركة هنا مطلقة ؛ وجه الاستحسان أن هذه الشركة تقتضى الضمان حتى كان

وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ جَائِزَةٌ ، وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَا عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَا بِوُجُوهِهِمَا وَيَبِيعَا ، وَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ ؛ وَإِنْ شَرَطَا أَنَّ الْمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا فَالرِّبْحُ كَذَلِكَ ، وَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِ ؛ وَإِنِ اشْتَرَكَا وَلِأَحَدِهِمَا بَغْلٌ وَلِلْآخَرِ رَاوِيَةٌ يَسْتَقِي الْمَاءَ لَا يَصِحُّ ، وَالْكَسْبُ لِلْعَامِلِ ، وَعَلَيْهِ أُجْرَةُ بَغْلِ الْآخَرِ أَوْ رَاوِيَتِهِ ؛ وَالرِّبْحُ فِي الشَّرِكَةِ الْفَاسِدَةِ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ وَيَبْطُلُ شَرْطُ الزِّيَادَةِ . وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ ، وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الْآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ فَأَدَّيَا مَعًا ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ أَدَّيَا مُتَعَاقِبًا ضَمِنَ الثَّانِي لِلْأَوَّلِ عَلِمَ بِأَدَائِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ .

مايتقبله كل واحد منهما مضمونا على الآخر، ويستوجب الأجر بما تقبله شريكه فكان كالمفاوضة فى ضمان الأعمال والمطالبة بالأبدال . قال (وشركة الوجوه جائزة) وتسمى شركة المفاليس (وهى أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا) سميت بذلك لأن الشراء بالنسيئة إنما يكون لمن له وجاهة عند الناس ، والتعامل بذلك جائز بين الناس من غير نكير . قال (وتنعقد على الوكالة) لأن التصرف على الغير إنما يجوز بوكالته إذ لاولاية عليه وهذا عند الإطلاق ، ولو شرط الكفالة أيضا جاز وتكون مفاوضة لأنه يمكن تحقيق ذلك ، لكن عند الإطلاق يصرف إلى العنان لأنه أدنى . قال (وإن شرطا أن المشترى بينهما فالربح كذلك ، ولا تجوز الزيادة فيه) لأن استحقاق الربح بالضمان ، والضمان يتبع الملك فى المشترى فيتقدر بقدره . قال (وإن اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقى الماء لايصح ، والكسب للعامل) لأن الماء مباح وأخذه لايستفاد بالوكالة وقد تقدم (وعليه أجرة بغل الآخر أو راويته) لأنه قد انتفع بملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجرته . قال (والربح فى الشركة الفاسدة على قدر المال ويبطل شرط الزيادة) لأن الربح تبع لرأس المال فيتبعه فى الملكية ، والزيادة إنما تستحق بالشرط وقد بطل . قال (وإذا مات أحد الشريكين أو لحق بدار الحرب مرتدا بطلت الشركة) لتضمنها الوكالة ، وهى تبطل بذلك على ما مر . قال(وليس لأحد الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر إلا باذنه) لأن ذلك ليس بداخل فى الشركة لأنه ليس من التجارة (فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه فأديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه ، وإن أديا متعاقبا ضمن الثانى للأول علم بأدائه أو لم يعلم) عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعنه إن لم يعلم لايضمن وهو قولهما ، لأنه مأمور بالدفع إلى الفقير وقد فعل . وله أنه مأمور بالدفع إليه زكاة ، والمدفوع لم يقع زكاة فكان مخالفا ، ولأنه أمره بأداء يخرجه عن العهدة ولم يوجد فكان مخالفا فيضمن ، والله أعلم .

كتاب المضاربة

المُضَارِبُ شَرِيكُ رَبِّ المَالِ فِي الرِّبْحِ وَرَأْسُ مَالِهِ الضَّرْبُ فِي الأَرْضِ ، فَإِذَا سُلِّمَ رَأْسُ المَالِ إِلَيْهِ فَهُوَ أَمَانَةٌ ، فَإِذَا تَصَرَّفَ فِيهِ فَهُوَ وَكِيلٌ ،

كتاب المضاربة

وهى مفاعلة من الضرب ، وهو السير فى الأرض ، قال الله تعالى : وإذا ضربتم فى الأرض - الآية ، وسمى هذا النوع من التصرّف مضاربة لأن فائدته وهو الربح لاتحصل غالبا إلا بالضرب فى الأرض ، وهى بلغة الحجاز مقارضة ، وإنما اخترنا المضاربة لموافقته نصّ القرآن ، وهو قوله تعالى - وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله - أى يسافرون للتجاره ، وهو عقد مشروع بالآية وبالسنة ، وهو ما روى أن العباس كان يدفع ماله مضاربة ، ويشترط على مضاربه أن لايسلك به بحرا وأن لاينزل واديا ولا يشترى به ذات كبد رطبة (١) فان فعل ذلك ضمن ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وأجازه ، وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتعاملونه فأقرّهم عليه . وعن عمر رضى الله عنه أنه دفع مال اليتيم مضاربة وعليه الإجماع ، ولأن للناس حاجة إلى ذلك لأن منهم الغنىّ الغبىّ عن التصرّفات ، والفقير الذكىّ العارف بأنواع التجارات ، فمست الحاجة إلى شرعيته تحصيلا لمصلحتها . وتنعقد بقوله دفعت هذا المال إليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة ، أو خذ هذا المال واعمل فيه على أن لك نصف الربح أو ثلثه ، أو قال : خذ هذه الألف واعمل بها بالنصف أوبالثلث استحسانا ، لأن البيع والشراء صار مذكورا بذكر العمل ، والنصف متى ذكر عقيب البيع والشراء يراد به النصف من الربح عرفا وأنه كالمشروط ، ولو قال : خذ هذا المال بالنصف كان مضاربة استحسانا عملا بالعرف . وشرائطها خمسة : أحدها أنها لاتجوز إلا بالنقدين . الثانى : إعلام رأس المال عند العقد ، إما بالإشارة أو بالتسمية ، ويكون مسلما إلى المضارب . الثالث : أن يكون الربح شائعا بينهما . الرابع : إعلام قدر الربح لكلّ واحد منهما . الخامس : أن يكون المشروط للمضارب من الربح ، حتى لو شرطه من رأس المال أو منهما فسدت على ما يأتيك إن شاء الله تعالى

قال (المضارب شريك ربّ المال فى الربح ، ورأس ماله الضرب فى الأرض) لأنه لو لم يكن شريكه فى الربح لايكون مضاربة على مانبينه إن شاء الله . قال (فإذا سلم رأس المال إليه فهو أمانة) لأنه قبضه بإذن المالك (فاذا تصرّف فيه فهو وكيل) لأنه تصرّف

(١) قوله كبد رطبة : المراد بها المواشى

فإذَا رَبِحَ صَارَ شَرِيكا ، فإنْ شُرِطَ الرِّبْحُ لِلْمُضَارِبِ فَهُوَ قَرْضٌ (ف) ، وإنْ شُرِطَ لِرَبِّ المَالِ فَهُوَ بِضَاعَةٌ ، وَإذَا فَسَدَتِ المُضَارَبَةُ فَهِىَ إجارَةٌ فاسِدَةٌ ، وَإذَا خالَفَ صَارَ غاصِبا ، وَلا تَصِحُّ إلاَّ أنْ يَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُما مَشاعا ؛ فإنْ شُرِطَ لأحَدِهِما دَرَاهِمُ مُسَمَّاةٌ فَسَدَتْ ، وَالرِّبْحُ لِرَبِّ المَالِ ، وَلِلْمُضَارِبِ أجْرُ مِثْلِهِ ، وَاشْتِرَاطُ الوَضِيعَةِ عَلَى المُضَارِبِ باطِلٌ ، وَلا بُدَّ أنْ يَكُونَ المَالُ مُسَلَّما إلى المُضَارِبِ ، وَلِلْمُضَارِبِ أنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِىَ بالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ وَيُوَكِّلَ وَيُسافِرَ وَيُبْضِعَ ، وَلا يُضَارِبُ إلاَّ بإذْنِ رَبِّ المَالِ ، أوْ بِقَوْلِهِ : اعْمَلْ بِرأيِكَ ،

فيه بأمره (فإذا ربح صار شريكا) لأنه ملك جزءا من الربح (فإن شرط الربح للمضارب فهو قرض) لأن كلّ ربح لايملك إلا بملك رأس المال ، فلما شرط له جميع الربح فقد ملكه رأس المال ، ثم قوله مضاربة شرط لردّه فيكون قرضا (وإن شرط لربّ المال فهوبضاعة) هذا معناها عرفا وشرعا (وإذا فسدت المضاربة فهى إجارة فاسدة) لأنه عمل له بأجر مجهول فيستحقّ أجر مثله لما مرّ (وإذا خالف صار غاصبا) لأنه تصرّف فى ملك الغير بغير رضاه فكان غاصبا ، ولا تصحّ إلا بما تصحّ به الشركة . قال (ولا تصحّ إلا أن يكون الربح بينهما مشاعا ، فإن شرط لأحدهما دراهم مسماة فسدت) لما مرّ فى الشركة ، وكذا كل شرط يوجب الجهالة فى الربح يفسدها لاختلال المقصود (والربح لربّ المال) لأن الربح تبع للمال لأنه نماؤه (وللمضارب أجر مثله) لأنها فسدت ولا يتجاوز به المسمى عند أبى يوسف ، وهو نظير مامرّ فى الشركة الفاسدة ، وهكذا كلّ موضع لاتصحّ فيه المضاربة ، وتجب الأجرة وإن لم يعمل لأن الأجير يستحقّ الأجرة بتسليم نفسه وقد سلم . وعن أبى يوسف أنه لايستحقّ حتى يربح كالصحيحة ، والمال أمانة كالصحيحة ، أو لأنه أجير خاصّ . قال (واشتراط الوضيعة على المضارب باطل) لما روى عن علىّ رضى الله عنه أنه قال : الربح على مااشترطوا عليه ، والوضيعة على المال ولأنه تصرّف فيه بأمره فصار كالوكيل . قال (ولا بدّ أن يكون المال مسلما إلى المضارب) لأنه لايقدر على العمل إلا باليد ، فيجب أن تخلص يده فيه وتنقطع عنه يد ربّ المال : قال (وللمضارب أن يبيع ويشترى بالنقد والنسيئة ويوكل ويسافر ويبضع) وأصله أن المضارب مأمور بالتجارة ، فيدخل تحت الإذن كل ماهو تجارة أو ما لابدّ للتجارة منه : كالبيع والشراء والباقى من أعمال التجارة ، وكذلك الإيداع ولأنها دون المضاربة فيدخل تحت الأمر . قال (ولا يضارب إلا باذن ربّ المال ، أو بقوله : اعمل برأيك) لأن الشىء لايستتبع مثله لاستوائهما فى القوّة فاحتاج إلى التنصيص أو مطلق التفويض ، إلا أنه ليس

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّى الْبَلَدَ وَالسِّلْعَةَ وَالْمُعَامِلَ الَّذِي عَيَّنَهُ رَبُّ الْمَالِ ، وَإِنْ وَقَّتَ لَهَا وَقْتًا بَطَلَتْ بِمُضِيِّهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ عَبْدًا وَلَا أَمَةً مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ ، وَلَا يَشْتَرِي مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ،

له الإقراض لأن الإطلاق فيما هو من أمور التجارة لاغير . قال (وليس له أن يتعدّى البلد والسلعة والمعامل الذى عينه ردّ المال) لما روينا من حديث العباس رضى الله عنه وعن ابن مسعود رضى الله عنه أنه دفع المال مضاربة وقال : لاتسلف مالنا فى الحيوان ، ولأنها وكالة ، وفى التخصيص فائدة فيتخصص ، ولو خالفه كان مشتريا لنفسه وربحه له ، لأنه لما خالف صار غاصبا فأخذ حكم الغصب ، ثم قيل يضمن بنفس الإخراج من البلد لوجود المخالفة ، وقيل لايضمن ما لم يشتر لاحتمال عوده إلى البلد قبل الشراء ، فاذا عاد زال الضمان وصار مضاربة على حاله بالعقد الأوّل كالمودع إذا خالف ثم عاد .

والمضاربة نوعان : عامة ، وخاصة . فالعامة نوعان : أحدهما أن يدفع المال إليه مضاربة ولم يقل له اعمل برأيك ، فيملك جميع التصرّفات التى يحتاج إليها فى التجارة ويدخل فيه الرهن والارتهان والاستئجار والحطّ بالعيب والاحتيال بمال المضاربة ، وكل مايعمله التجار غير التبرّعات والمضاربة والشركة والخلط والاستدانة على المضاربة ، وقد مرّ الوجه فيه . والثانى أن يقول له : اعمل برأيك ، فيجوز له ماذكرنا من التصرّفات والمضاربة والشركة والخلط لأن ذلك مما يفعله التجار ، وليس له الإقراض والتبرّعات لأنه ليس من التجارة فلا يتناوله الأمر . والخاصة ثلاثة أنواع : أحدها أن يخصه ببلد فيقول : على أن تعمل بالكوفة أو بالبصرة . والثانى أن يخصه بشخص بعينه بأن يقول : على أن تبيع من فلان وتشترى منه ، فلا يجوز التصرّف مع غيره لأنه قيد مفيد لجواز وثوقه به فى المعاملات . الثالث أن يخصه بنوع من أنواع التجارات بأن يقول له : على أن تعمل به مضاربة فى البزّ أو فى الطعام أو فى الصرف ونحوه ، وفى كلّ ذلك يتقيد بأمره ولا يجوز له مخالفته لأنه مقيد وقد مرّ الوجه فيه ، ولو قال : على أن تعمل بسوق الكوفة فعمل فى موضع آخر منها جاز لأن أماكن المصر كلها سواء فى السفر والنقد والأمن ؛ ولو قال : لاتعمل إلا فى سوق فعمل فى غيره ضمن لأنه صرّح بالنهى ؛ ولو دفع المال مضاربة فى الكوفة على أن يشترى من أهلها فاشترى من غيرهم فيها جاز لأن المقصود المكان عرفا ؛ وكذلك لو دفعه مضاربة فى الصرف على أن يشترى من الصيارفة ويبيعهم فاشترى من غيرهم جاز لأن المراد النوع عرفا . قال (وإن وقت لها وقتا بطلت بمضيه) لأن التوقيت مقيد وهو وكيل فيتقيد بما وقته كالتقييد بالنوع والبلد . قال (وليس له أن يزوّج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وهو على الخلاف الذى مرّ فى المأذون . قال (ولا يشترى من يعتق على ربّ المال) لأنه يعتق

فإنْ فَعَلَ ضَمِنَهُ ، وَلا مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ إنْ كانَ فى المَالِ رِبْحٌ ، فإنْ لَمْ يَكُنْ فِى المَالِ رِبْحٌ فاشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ صَحَّ البَيْعُ ، فانْ رَبِحَ عَتَقَ نَصِيبُهُ وَيَسْعَى العَبْدُ فى قِيمَةِ نَصِيبِ رَبِّ المَالِ ؛ فَلَوْ دَفَعَ إليْهِ المَالَ مُضَارَبَةً وَقَالَ : ما رَزَقَ اللهُ بَيْنَنَا نِصْفَانِ وأذِنَ لَهُ فى الدَّفْعِ مُضَارَبَةً ، فَدَفَعَ إلى آخَرَ بالثُّلُثِ فَنِصْفُ الرِّبْحِ لِرَبِّ المَالِ بالشَّرْطِ ، والسُّدُسُ لِلأوَّلِ ، والثُّلُثُ لِلثَّانى ، وَإنْ دَفَعَ الأوَّلُ إلى الثَّانى بالنِّصْفِ فَلا شَىْءَ لَهُ ، وَإنْ دَفَعَهُ عَلى أنَّ لِلثَّانى الثُّلُثَيْنِ ضَمِنَ الأوَّلُ لِلثَّانى قَدْرَ السُّدُسِ مِنَ الرِّبْحِ ؛ وَلَوْ قالَ : ما رَزَقَكَ اللهُ فَلِى نِصْفُهُ فَمَا شَرَطَهُ لِلثَّانى فَهُوَ لَهُ ، وَالباقى بَيْنَ رَبِّ المَالِ وَالمُضَارِبِ الأوَّلِ نِصْفَانِ ؛

عليه فتبطل المضاربة ، وهو إنما وكله بالتصرّف فى المال لابابطال العقد (فان فعل ضمنه) معناه صار مشتريا لنفسه فيضمن الثمن كالوكيل بالشراء إذا خالف . قال (ولا من يعتق عليه إن كان فى المال ربح) لأنه يملك نصيبه فيعتق عليه فيفسد الباقى أو يعتق فيمتنع التصرّف فيه ، فان اشتراه كان مشتريا لنفسه فيضمن الثمن لأنه أدّاه من مال الغير . قال (فإن لم يكن فى المال ربح فاشترى من يعتق عليه صحّ البيع) لعدم المانع (فإن ربح عتق نصيبه) لأنه ملك قريبه ولا ضمان عليه لأنه عتق بالربح لابصنعه (ويسعى العبد فى قيمة نصيب ربّ المال) لأن ماليته صارت محبوسة عنده فيسعى كالعبد الموروث إذا عتق على أحد الورثة يسعى فى نصيب الباقين . قال (فلو دفع إليه المال مضاربة وقال : ما رزق الله بيننا نصفان وأذن له فى الدفع مضاربة ، فدفع إلى آخر بالثلث فنصف الربح لرب المال بالشرط ، والسدس للأوّل ، والثلث للثانى) لأنه لما شرط ربّ المال لنفسه النصف بقى النصف للمضارب ، فلما شرط الثلث للثانى انصرف تصرّفه إلى نصيبه فيبقى له السدس ويطيب له كأجير الخياط (وإن دفع الأوّل إلى الثانى بالنصف فلا شىء له) لأنه جعل نصفه للثانى فلم يبق له شىء ، كمن استأجره لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بدرهم (وإن دفعه على أن للثانى الثلثين ضمن الأوّل للثانى قدر السدس من الربح) لأنه ضمن للثانى ثلثى الربح وبعضه وهو النصف ملكه وبعضه وهو السدس ملك ربّ المال فلا ينفذ لأنه إبطال ملك الغير لكن التسمية صحيحة لكونها معلومة فى عقد يملكه ، وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء ، وصار كمن استأجر خياطا لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الخياط غيره ليخيطه بدرهم ونصف (ولو قال : ما رزقك الله فلى نصفه ، فما شرطه للثانى فهو له) عملا بالشرط لأنه ملكه من جهة ربّ المال (والباقى بين ربّ المال والمضارب الأوّل نصفان)

وَلَوْ قالَ : عَلَى أنَّ مارَزَقَ اللهُ بَيْنَنا نِصفان فَدَفَعَهُ إلى آخَرَ بالنِّصْف فَدَفَعَهُ الثَّانى إلى ثالِثٍ بالثُّلُثِ فالنِّصْفُ لِرَبِّ المَالِ ، وَللثَّالِثِ الثُّلُثُ ، وَلِلثَّانى السُّدُسُ وَلا شَىْءَ لِلأَوَّلِ ،

لأن ربّ المال جعل لنفسه نصف مارزقه الله ، وإنما رزقه نصف الربح فيكون بينهما نصفان ؛ وكذلك إذا قال ؛ ماربحت أو كسبت أو رزقت أو ما كان لك فيه من فضل أو ربح فهو بيننا نصفان ، فانه ينطلق إلى ما بعد ماشرط للثانى لما بينا (ولو قال : على أنّ ما رزق الله بيننا نصفان فدفعه إلى آخر بالنصف فدفعه الثانى إلى ثالث بالثلث فالنصف لربّ المال ، وللثالث الثلث ، وللثانى السدس ولا شيء للأوّل (لأنه لما شرط النصف للثانى وانصرف إلى نصيبه لما بينا فلم يبق له شيء والباقى على ما شرطاه لما بينا . وإذا لم يؤذن للمضارب فى الدفع مضاربة فدفعه إلى غيره مضاربة ضمن عند زفر لوجود المخالفة ، وقالا : لايضمن ما لم يعمل لأن الدفع لايتقرّر مضاربة إلا بالعمل ، وقال أبوحنيفة : لايضمن ما لم يربح لما بينا فى أوّل الباب أن الدفع قبل العمل أمانة وبعد العمل مباضعة وهو يملك ذلك ، فإذا ربح صار شريكا فى المال فيضمن كما إذا خلط بمال آخر ولا ضمان على الثانى لأن فعله يضاف إلى الأوّل ، لأنه هو الذى أثبت له ولاية التصرّف ، فان استهلكه الثانى فالضمان على الأوّل خاصة ، وعندهما يضمن الثانى وهو نظير مودع المودع ، والأشهر أنه يخير ههنا فيضمن أيهما شاء الأول لما بينا والثانى لإبطاله حقّ ربّ المال فكان متعديا فى حقه ، ولو كانت المضاربة فاسدة لاضمان عليه لأن الثانى أجير فيه ، وله أجر مثله فلا يكون شريكا ، ولو دفع المال إلى رجلين مضاربة بالنصف وقال : اعملا برأيكما ، أو لم يقل فليس لأحدهما أن ينفرد لأن التجارة يحتاج فيها إلى الرأى ، فان عمل أحدهما بنصف المال بغير أمر صاحبه ضمن النصف ، وإن عمل بأمر الآخر لم يضمن لأنه كالوكيل عنه ، وما ربح نصفه لربّ المال ونصفه بينهما نصفان

فصــــل

ونفقة المضارب فى مال المضاربة ما دام فى سفره حتّى يعود إلى مصره ، وإن كان ما دون مدّة السفر إذا كان لايبيت بأهله ، وإن كان يبيت فلا نفقة له ، وكذا لانفقة له ما دام فى مصره ، لأن النفقة جزاء الاحتباس ، فاذا كان فى مصره لايكون محتبسا فى المضاربة وفى السفر يكون محتبسا فيها ، وإذا اتخذ مصرا آخر دارا أو تزوّج به فهو كمصره ونفقته فى الحاجة الدارّة كالطعام والشراب والكسوة وفراش النوم ودابة الركوب وعلفها ومن يطبخ له ويغسل ثيابه وأجرة الحمام ودهن السراج والحطب ، وتجب نفقة مثله بالمعروف ونفقة غلمانه ودوابه الذين يعملون معه فى المال ، وتحتسب النفقة من الربح ، فان لم يكن

وَتَبْطُلُ المُضَارَبَةُ : بِمَوْتِ المُضَارِبِ ، وَبِمَوْتِ رَبِّ المَالِ ، وَبِرِدَّةِ رَبِّ المَالِ ، وَلَحَاقِهِ مُرْتَدًّا ؛ وَلَا تَبْطُلُ بِرِدَّةِ المُضَارِبِ ، وَلَا يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ مَا لَمْ يَعْلَمْ ؛ فَلَوْ بَاعَ وَاشْتَرَى بَعْدَ العَزْلِ قَبْلَ العِلْمِ نَفَذَ ، فَإِنْ عَلِمَ بِالعَزْلِ وَالمَالُ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ المَالِ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ خِلَافَ جِنْسِهِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَصِيرَ مِنْ جِنْسِهِ ، وَإِذَا افْتَرَقَا وَفِي المَالِ دُيُونٌ وَلَيْسَ فِيهِ رِبْحٌ وَكَّلَ رَبَّ المَالِ عَلَى اقْتِضَائِهَا ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ أُجْبِرَ عَلَى اقْتِضَائِهَا ، وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ فَمِنَ الرِّبْحِ ، فَإِنْ زَادَ فَمِنْ رَأْسِ المَالِ .

فمن رأس المال ؛ ولو أنفق من مال نفسه أو استدان لنفقته رجع فى مال المضاربة ؛ ولو ضارب لرجلين فنفقته على قدر المالين ، ولو كان أحد المالين بضاعة فالجميع على المضاربة لأن السفر واقع لها ، ولو كانت المضاربة فاسدة لا نفقة للمضارب لأنه أجير ونفقة الأجير على نفسه . قال (وتبطل المضاربة بموت المضارب وبموت ربّ المال) لأنها وكالة وأنها تبطل بالموت لما مرّ . قال (وبردّة ربّ المال ولحاقه مرتدّا) لأنه موت حكما على ماعرف (ولا تبطل بردّة المضارب) لأن ملك ربّ المال باق ، وعبارة المرتدّ معتبرة . قال (ولا ينعزل بعزله ما لم يعلم) كالوكيل (فلو باع واشترى بعد العزل قبل العلم نفذ) لبقاء الوكالة (فإن علم بالعزل والمال من جنس رأس المال لم يجز له أن يتصرّف فيه) لأنه صار أجنبيا بالعزل ولاضرر عليه فى ذلك (وإن كان خلاف جنسه فله أن يبيعه حتى يصير من جنسه) لأن له حقا فى الربح ، وهو إنما يظهر إذا علم رأس المال ، وإنما يعلم إذا نضّ(١) وإنما ينضّ بالبيع ، فاذا نضّ لايتصرف فيه ، وموت أحدهما ولحاقه بدار الحرب كالعزل . قال (وإذا افترقا وفى المال ديون وليس فيه ربح وكل ربّ المال على اقتضائها) لأنه وكيل متبرّع بالعمل فلا يلزمه الاقتضاء إلا أنه لما كان عاقدا والحقوق ترجع إليه فلا بدّ من وكالته (وإن كان فيه ربح أجبر على اقتضائها) لأن الربح بمنزلة الأجرة فكان أجيرا فيجب عليه تمام العمل . قال (وما هلك من مال المضاربة فمن الربح) لأنه تبع كالعفو فى باب الزكاة (فإن زاد فمن رأس المال) لأن المضارب أمين فلا ضمان عليه ، فان اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال أو بعضه رجع فى الربح حتى يستوفى رأس المال ، لأن الربح فضل على رأس المال ، ولا يعرف الفضل إلا بعد سلامة رأس المال فلا يصح قسمته فينصرف الهلاك إليه لما بينا ، ويبتدأ أوّلا برأس المال ثم بالنفقة ثم بالربح الأهم فالأهم ؛ ولو فسخه المضاربة ثم اقتسما الربح ثم عقدا المضاربة فهلك رأس المال لم يترادّا

---

(١) قوله نضّ ، بفتح النون وتشديد الضاد المفتوحة : أى صار نقدا .

كتاب الوديعة

وَهِيَ أَمَانَةٌ إِذَا هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ لَمْ يَضْمَنْ ، وَلَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِهِ ، وَمَنْ فِي عِيَالِهِ وَإِنْ نَهَاهُ ،

الربح ، لأن هذه المضاربة جديدة ، والأولى قد انتهت فانتهى حكمها ، ولو مرّ المضارب على السلطان فأخذ منه شيئا كرها لاضمان عليه ، وإن دفع إليه شيئا ليكفّ عنه ضمن ، لأنه ليس من أمور التجارة ، وكذلك إذا أراد العاشر أن يأخذ منه العشر فصالحه المضارب بشيء من المال حتى كفّ عنه ضمن ، والله عزّ وجلّ أعلم .

كتاب الوديعة

وهي مشتقة من الودع وهو الترك ، يقال : دع هذا : أي اتركه ؛ ومنه الموادعة فى الحرب : أى أن يترك كلّ واحد من الفريقين الحرب ، وقال عليه الصلاة والسلام « لينهينّ قوم عن ودعهم الجماعات أو ليختمنّ على قلوبهم ثم ليكتبنّ من الغافلين » أى تركهم الجماعات . ومنه الوداع ، لأن كلّ واحد منهما يترك صاحبه ويفارقه ، أوهى من الحفظ ، قال عليه الصلاه والسلام فى حديث وداع المسافر « استودع الله دينك وأمانتك » أى استحفظ الله : أى اطلب منه حفظهما ، فكأن الوديعة تترك عند المودع للحفظ ، ولهذا لايودع عادة إلا عند من يعرف بالأمانة والديانة . وهو عقد مشروع أمانة لاغرامة ؛ قال عليه الصلاة والسلام « ليس على المستودع غير المغلّ ضمان ، ولا على المستعير غير المغل ضمان » ويجب حفظها على المودع إذا قبلها لأنه التزم الحفظ بالعقد ، والوديعة تارة تكون بصريح الإيجاب والقبول وتارة بالدلالة ، فالصريح قوله أودعتك وقول الآخر قبلت ، ولا يتمّ فى حقّ الحفظ إلا بذلك ، ويتمّ بالإيجاب وحده فى حقّ الأمانة ، حتى لو قال للغاصب أودعتك المغصوب برئ عن الضمان وإن لم يقبل ، لأن صيرورة المال أمانة حكم يلزم صاحب المال لاغير فيثبت به وحده ؛ فأما وجوب الحفظ فيلزم المودع فلا بد من قبوله ، والدلالة إذا وضع عنده متاعا ولم يقل شيئا ، أو قال هذا وديعة عندك وسكت الآخر صار مودعا حتى لو غاب المالك ثم غاب الآخر فضاع ضمن ، لأنه إيداع وقبول عرفا .

قال (وهى أمانة إذا هلكت من غير تعدّ لم يضمن) لأنه لو وجب الضمان لامتنع الناس من قبولها وفيه من الفساد ما لايخفى ، ولما روينا من الحديث . قال (وله أن يحفظها بنفسه ومن فى عياله وإن نهاه) لأنه التزم أن يحفظها بما يحفظ به ماله ، وذلك بالحرز واليد

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بِغَيْرِهِمْ إِلاَّ أَنْ يَخَافَ الحَرِيقَ فَيُسَلِّمَهَا إلى جارِهِ ، أَوِ الغَرَقَ فَيُلْقِيهَا إلى سَفِينَةٍ أُخْرَى ، فإنْ خَلَطَهَا بِغَيْرِها حَتَّى لاتَتَمَيَّزَ ضَمِنَهَا ، وكَذَا إنْ أَنْفَقَ بَعْضَهَا ثُمَّ رَدَّ عِوَضَهُ وَخَلَطَهُ بالْبَاقِ ، وَإنِ اخْتَلَطَ بِغَيْرِ صُنْعِهِ فَهُوَ شَرِيكٌ ،

أما الحرز فداره ومنزله وحانوته ، سواء كان ملكا له أو إجارة أو إعارة . وأما اليد فيده وزوجته وزوجها وأمته وعبده وأجيره الخاص وولده الكبير . إن كان فى عياله على ما مرّ فى الرهن ، ولأن المودع رضى بذلك لأنه يعلم أن المودع لابدّ له من الخروج لمعاشه وأداء فرائضه ، ولا يمكنه استصحاب الوديعة معه فيتركها فى منزله عند من فى عياله فلم يكن له بدّ من ذلك ، ولهذا لايصحّ نهيه لوقال لاتدفعها إلى شخص عينه من عياله ممن لابدّ له منه ، فان لم يكن له عيال سواه لم يضمن ، وإن كان له سواه يضمن لأن من العيال من لايؤتمن على المال . قال (وليس له أن يحفظها بغيرهم) لأنه ما رضى بحفظ غيرهم ، فان الناس يتفاوتون فى الأمانات وصار كالوكيل والمضارب ليس له أن يوكل ولا يضارب لما تقدّم أن الشيء لايتضمن مثله . قال (إلا أن يخاف الحريق فيسلمها إلى جاره ، أو الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى) لأن الحفظ تعين بذلك ، لكن لايصدّق عليه إلا ببينة لأنه يدعى سببا لإسقاط الضمان فيحتاج إلى بينة . قال (فان خلطها بغيرها حتّى لاتتميز ضمنها) عند أبى حنيفة ثم لاسبيل للمودع عليها والخلط على وجوه : أحدها الجنس بالجنس كالحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير ، والدراهم البيض بالبيض ، والسود بالسود . والثانى خلط الجنس بغيره كالحنطة بالشعير ، والخلّ بالزيت ونحوهما . والثالث خلط المائع بجنسه ؛ فعند أبى حنيفة هو استهلاك فى الوجوه كلها فيضمنها وينقطع حقّ المودع عنها ، وعندهما كذلك فى الوجه الثانى ، لأنه استهلاك صورة ومعنى ؛ والأوّل عندهما إن شاء شاركه فيها ، وإن شاء ضمنه ، لأنه إن تعذر أخذ عين حقه لم يتعذّر المعنى فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيختار أيهما شاء . وأما الثالث فعند أبى يوسف يجعل الأقلّ تبعا للأكثر اعتبارا للغالب . وعند محمد هو شركة بينهما بكلّ حال لأن الجنس لايغلب الجنس عنده على ما عرف من أصله فى الرضاع ، وخلط الدراهم بالدراهم ، والدنانير بالدنانير إذابته من الوجه الثالث ، لأنه يصير مائعا بالإذابة . وجه قول أبى حنيفة أنه استهلاك من كلّ وجه لتعذّر وصوله إلى عين حقه ، والقسمة مترتبة على الشركة فلا تكون موجبة لها ، فلو أبرأ المودع الخالط برئ أصلا ، وعندهما يبرأ من الضمان فتتعين الشركة فى المخلوط (وكذا إن أنفق بعضها ثم ردّ عوضه وخلطه بالباق) فهو استهلاك على الوجه الذى بينا . قال (ولو اختلط بغير صنعه فهو شريك) بالاتفاق لأنه لاصنع له فيه فلا ضمان عليه فتتعين الشركة.

وَلَوْ تَعَدَّى فِيها بالرُكُوبِ أَوِ اللُّبْسِ أَوْ الاسْتِخْدَامِ أَوْ أَوْدَعَهَا ثُمَّ زَالَ التَّعَدِّى لَمْ يَضْمَنْ ؛ وَلَوْ أَوْدَعَها فَهَلَكَتْ عِنْدَ الثَّانى فالضَّمانُ عَلَى الأَوَّلِ (سم) فانْ طَلَبَها صَاحِبُها فَجَحَدَها ثُمَّ عادَ اعْتَرَفَ ضَمِنَ ؛ وَلِلْمُودَعِ أَنْ يُسافِرَ بالْوَدِيعَةِ ، وَإِنْ كانَ لَهَا حَمْلٌ وَمَئُونَةٌ ما لَمْ يَنْهَهُ إِذَا كانَ الطَّرِيقُ آمِنا ، وَلَوْ أَوْدَعا عِنْدَ رَجُلٍ مَكيلاً أَوْ مَوْزُونا ثُمَّ حَضَرَ أَحَدُهُما يَطْلُبُ نَصِيبَهُ لَمْ يُؤْمَرْ بالدَّفْعِ إِلَيْهِ ما لَمْ يَحْضُرِ الآخَرُ ،

قال (ولو تعدّى فيها بالركوب أو اللبس أو الاستخدام أو أودعها ثم زال التعدى لم يضمن) لزوال الموجب للضمان ، ويد الأمانة باقية بإطلاق الأمر الأوّل لأنه لم يرتفع من جهة صاحب الحقّ لكن ارتفع حكمه لوجود ما ينافيه ثم زال المنافى فعاد حكم الأمر الأوّل (ولو أودعها فهلكت عند الثانى فالضمان على الأوّل) خاصة . وقالا : يضمن أيهما شاء ، لأن الأوّل خالف لما بينا ، والثانى تعدّى حيث قبض ملك غيره بغير أمره ، فإن ضمن الأوّل لايرجع على الثانى لأنه ملكه بالضمان مستندا فيكون مودعا ملكه ، وإن ضمن الثانى رجع على الأوّل لأنه إنما لحقه ذلك بسببه . ولأبى حنيفة أن التفريط إنما جرى من الأوّل ، لأن مجرّد الدفع لايوجب الضمان حتى لو هلكت والأوّل حاضر لايضمن ، فاذا غاب الأوّل فقد ترك الحفظ فيضمن والثانى لم يترك . قال (فإن طلبها صاحبها فجحدها ثم عاد اعترف ضمن) لأن بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده ، وبالاعتراف بعد ذلك لم يوجد الردّ إلى نائب المالك بخلاف مسئلة المخالفة ثم المرافقة ، لأن يد الوديعة لم ترتفع فوجد الردّ إلى يد النائب ، ولو جحدها عند غير المالك لم يضمن . وقال زفر : يضمن لأنه جحد الوديعة . ولنا أنه من باب الحفظ لما فيه من قطع الأطماع عنها ، ولأنه ربما يخاف عليها ممن جحدها عنده ، وهذا المعنى معدوم إذا جحدها عند المالك ، فان جحدها ثم جاء بها فقال له صاحبها دعها وديعة عندك فهلكت ، فان أمكنه أخذها فلم يأخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد كأنه أخذها ثم أودعها ، وإن لم يمكنه أخذها ضمن لأنه لم يتمّ الرد . قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومئونة ما لم ينهه إذا كان الطريق آمنا) لإطلاق الأمر ، والغالب السلامة إذا كان الطريق آمنا ، ولهذا يملكه الوصىّ والأب ، بخلاف الركوب فى البحر ، لأن الغالب فيه العطب . وقالا : ليس له ذلك إلا إذا كان له حمل ومئونة ، لأن الظاهر عدم الرضا لما يلزمه من مئونة الحمل . قلنا يلزمه ذلك ضرورة امتثال أمره ، فلا اعتبار به سيما إذا كان من أهل العمود ، ولا بدّ له من رحلة الشتاء والصيف . قال (ولو أودعا عند رجل مكيلا أوموزونا ثم حضر أحدهما يطلب نصيبه لم يؤمر بالدفع إليه ما لم يحضر الآخر) وقالا : يدفع إليه نصيبه لأنه سلمه إليه فيؤمر بالدفع إليه عند الطلب لأنه ملكه

فانْ قالَ المُودَعُ أمَرْتَنِى أنْ أدْفعَها إلى فُلانٍ وكَذَّبَهُ المَالِكُ ضَمِنَ إلاّ أنْ يقيمَ البَيِّنَةَ عَلى ذلكَ أوْ يَنْكُلَ المَالِكُ عَنِ اليَمِينِ ؛ وَلَوْ أوْدَعَ عِنْدَ رَجُلَيْنِ شَيْئًا ممَّا يُقْسَمُ اقْتَسَمَاهُ وَحَفِظَ كُلٌّ مِنْهُما نِصْفَهُ ، وإنْ كانَ لايُقْسَمُ حَفِظَهُ أحَدُهُما بِأمْرِ الآخَرِ ؛ وَلَوْ قالَ احْفَظْها فى هَذَا البَيْتِ فَحَفِظَها فى بَيْتٍ آخَرَ فى الدَّارِ لَمْ يَضْمَنْ ، وَلَوْ خالَفَهُ فى الدَّارِ ضَمِنَ ، وَلَوْ رَدَّ الوَدِيعَةَ إلى دارِ مالِكِها ولَمْ يُسَلِّمْها إلَيْهِ ضَمِنَ .

حتى كان له أخذه كالدين المشترك ، وله أن نصيبه فى المشاع ولا يمكن دفعه إليه ، لأن الدفع يقع فى المعين وهو غير المشاع ؛ وإذا لم يمكن دفعه إليه كيف يؤمر به ، وولاية الأخذ لاتقتضى جواز الدفع . ألا ترى أن المديون لو كان له وديعة عند رجل من جنس الدين فلربّ الدين أخذها ، ولا يجو زللمودع الدفع إليه . وأما الدين المشترك فلأنه يؤديا المديون من مال نفسه لما عرف ، ولا اعتبار بضرر الحاضر لأنه لحقه بصنعه حيث أودعه مشاعا ، وغير المكيل والموزون لايدفع إليه نصيبه بالإجماع . وذكر محمد الخلاف مطلقا والأول أصحّ ، لأنه لو كان فى يد أحدهما وغاب فليس للحاضر أخذ نصيبه فمن المودع أولى . قال (فإن قال المودع أمرتنى أن أدفعها إلى فلان وكذبه المالك ضمن ، إلا أن أيقيم البينة على ذلك أو ينكل المالك عن اليمين) لأنهما تصادقا على الدفع وتجاحدا فىالإذن فيضمن بالدفع إلا بحجة . قال (ولو أودع عند رجلين شيئا مما يقسم اقتسماه وحفظ كلّ منهما نصفه ، وإن كان لايقسم حفظه أحدهما بأمر الآخر) وقالا: لأحدهما أن يحفظه بأمر الآخر فى المسئلتين لأنه رضى بأمانتهما ، فكان لأحدهما أن يسلمها إلى الآخر كالمسئلة الثانية ، وله أن الدافع أودع نصفه بغير أمر المودع فيضمنه ، وهذا لأنه إنما رضى بأمانتهما فكان رضى بأمانة كلّ واحد منهما فى النصف ، لأن إضافة الفعل إليهما تقتضى التبعيض كالتمليكات ، إلا أنا جوّزناه فيما لايقسم ضرورة عدم التجزى وعدم إمكان اجتماعهما عليها ، ولأنه لما لم يمكن قسمتها ولا الاجتماع عليها دائما كان راضيا بذلك دلالة ، وعلى هذا الوكيلان والوصيان والمرتهنان والعدلان فى الرهن والمستبضعان (١) . قال (ولو قال احفظها فى هذا البيت فحفظها فى بيت آخر فى الدار لم يضمن) لعدم تفاوتهما فى الحرز إلا أن تكون دارا كبيرة متباعدة الأطراف والبيت الذى نهاه عنه عورة فانه يضمن لأنه مفيد . قال (ولو خالفه فى الدار ضمن) لأن الدور تختلف فىالحرز فكان مفيدا . قال (ولو ردّ الوديعة إلى دار مالكها ولم يسلمها إليه ضمن) لأن المالك ما رضى بدفعها إلى داره ولا إلى من فىعياله ظاهرا إذ لو رضى بهم لما أودعها ، ولو وضع الثياب فى الحمام ولم يقل شيئا

---

(١) فى نسخة أخرى : والمستصنعان .

كتاب اللقيط

وَهُوَ حُرٌّ وَنَفَقَتُهُ فِى بَيْتِ المَالِ ،

ودخل الحمام ينصر إن كان فى الحمام ثيابى يحفظ الثياب فالضمان عليه دون الحمامى لأنه استودعه دلالة ، وإن لم يكن ضمن الحمامى ؛ ولو قال للحمامى : أين أضع الثياب فأشار إلى مكان يضمن الحمامى دون الثيابى لأن الحمامى صار مودعا ؛ ولو وضع الثياب بمحضر من الحمامى فخرج آخر ولبسها والحمامى لايدرى أنها ثيابه أم لا ضمن الحمامى ؛ وإن نام الحمامى فسرقت الثياب إن نام قاعدا لم يضمن لأنه لم يترك الحفظ ، وإن نام مضطجعا ضمن والخان كالحمام ، والدابة كالثياب ، والخانى كالحمامى .

قام واحد من أهل المجلس وترك كتابه أو متاعه فالباقون مودعون حتى لو تركوه فهلك ضمنوا ؛ فإن قام واحد بعد واحد فالضمان على آخرهم لأنه تعين حافظا .

كتاب اللقيط

وهو فعيل من اللقط والالتقاط بمعنى مفعول ، ومعناه العثور على الشىء مصادفة من غير طلب ولا قصد . قال الراجز يصف ماء آجنا :

ومنهــل وردته التقاطا أخضر مثل الزيت لما شاطا

أى وردته من غير طلب ولا قصد، شاط الزيت إذا نضج حتى احترق ، وكذلك اللقيط يوجد من غير طلب ، والتقاط صغار بنى آدم مفروض إن علم أنه يهلك إن لم يأخذه بأن كان فى مفازة أو بئر أو مسبعة دفعا للهلاك عنه ، فان غلب على ظنه عدم الهلاك بأن كان فى مصر أو قرية فأخذه مندوب لما فيه من السعى فى إحياء نفس محترمة ، قال الله تبارك وتعالى ـ ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا ـ وعن علىّ رضى الله عنه أنه قال للملتقط : لأن أكون وليت منه مثل ما وليت أنت كان أحبّ إلىّ من كذا وكذا .

قال (وهو حرّ) تبعا للدار ، ولأن الأصل فى بنى آدم الحرية (ونفقته فى بيت المال) لما روى عن سنين أبى جميلة قال : وجدت منبوذا على بابى : أى لقيطا ، فأتيت عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال لى : عسى الغوير أبؤسا (١) نفقته علينا وهو حرّ . وهذا مثل

(١) قوله عسى الغوير أبؤسا : قال فى مجمع الأمثال للميدانى : الغوير تصغير غار والأبؤس جمع بؤس وهو الشدّة ، وأصل هذا المثل فيما يقال من قول الزباء حين قالت لقومها عند رجوع قصير من العراق وبات بالغوير على طريقه : عسى الغوير أبؤسا : أى لعل الشرّ يأتيكم من قبل الغار . وجاء رجل إلى عمر رضى الله عنه يحمل لقيطا ، فقال عمر :

وَمِيرَاثُهُ لِبَيْتِ المَالِ ، وَجِنَايَتُهُ عَلَيْهِ ، وَدِيَتُهُ لَهُ وَوَلَاؤُهُ ، وَالمُلْتَقِطُ أَوْلَى بِهِ مِنْ غَيْرِهِ ، وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِى الإِنْفَاقِ عَلَيْهِ إِلاَّ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ القَاضِى بِشَرْطِ الرُّجُوعِ ، وَمَنِ ادَّعَى أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَإِنِ ادَّعَاهُ اثْنَانِ مَعًا ثَبَتَ مِنْهُمَا إِلاَّ أَنْ يَذْكُرَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِى جَسَدِهِ .

يقال عند التهمة . قال ابن الأعرابى : إنما عرّض عمر بالرجل : أى لعلك صاحب اللقيط ، يريد أنك زنيت بأمه وادّعيته لقيطا فشهد له جماعة بالخير فتركه . قال (وميراثه لبيت المال وجنايته عليه ، وديته له وولاؤه) ليكون الغرم بالغنم ، ولو قتل عمدا فإن شاء الإمام اقتصّ وإن شاء صالح على الدية . وقال أبو يوسف : تجب الدية فى مال القاتل لاغير لاحتمال الولىّ وهو الظاهر إلا أنه غائب ولا يقتصّ دونه . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولىّ من لاولىّ له » لأن الولىّ الذى لايعرف ولا ينتفع برأيه كالعدم فلا اعتبار به ، وليس له أن يعفو بالإجماع لأن فيه إبطال حقّ جماعة المسلمين ؛ ويحدّ قاذف اللقيط ولا يحدّ قاذف أمه ، لأن فى حجرها ولدا لايعرف أبوه فكانت تهمة الزنا قائمة كالملاعنة . قال (والملتقط أولى به من غيره) لسبق يده عليه كالمباحات ، فإن سأل القاضى أن يقبله إن شاء قبله وإن شاء لا لاحتمال أنه ولده فينفق عليه من بيت المال ، وكذلك إن علم أنه لقيط لأنه التزم حفظه وتربيته ، فإن دفعه الملتقط إلى آخر ليس له أن يستردّه لأنه رضى بابطال حقه . قال (وهو متبرّع فى الإنفاق عليه) لعدم الولاية (إلا أن يأذن له القاضى بشرط الرجوع) لعموم ولايته ، فان أذن له ولم يشترط الرجوع ذكر الطحاوى أنه يرجع عليه بعد البلوغ لأنه قضى حقا عليه واجبا بأمر القاضى فصار كقضاء دينه بأمره ، والأصحّ أنه لايرجع لأنه أمره بقضاء حقّ واجب بغير عوض ترغيبا له فى إتمام ما شرع فيه من التبرّع ، فصار كما إذا قال له أدّ عنى زكاة مالى فانه لايرجع إلا بالشرط ، بخلاف الدين لأنه وجب عليه بعوض ولو لم يأذن له القاضى ، لكن صدقه اللقيط بعد بلوغه فله الرجوع عليه لأنه اعترف بحقه . قال (ومن ادّعى أنه ابنه ثبت نسبه منه) لما فيه من نفع الصغير ، لأن الناس يتشرّفون بالأنساب ويعيرون بعدمها ، وإذا ثبت نسبه ترتب عليه أخذه فتبطل يد الملتقط (وإن ادّعاه اثنان معا ثبت منهما) لعدم الأولوية (إلا أن يذكر أحدهما علامة فى جسده) فيكون أولى بشهادة الظاهر أو لسبق الدعوى لأنه ثبت نسبه منه فى زمان لاينازعه فيه غيره ،

= عسى الغوير أبؤسا . قال ابن الأعرابى : إنما عرّض بالرجل : أى لعلك صاحب هذا اللقيط . قال : ونصب أبؤسا على معنى عسى الغوير يصير أبؤسا ، ويجوز أن يقدر عسى الغوير أن يكون أبؤسا . وقال أبو على : جعل عسى بمعنى كان ونزله منزلته . يضرب للرجل ، يقال : لعلّ الشرّ جاء من قبلك ، اهـ مصححه .

وَالحرُّ وَالمُسْلِمُ أَوْلَى مِنَ العَبْدِ وَالذِّمِّىّ ، وَإِن ادَّعاهُ عَبْدٌ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ حُرٌّ ؛ وَإِن ادَّعاهُ ذِمِّىٌّ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ ، إلاَّ أَنْ يَلْتَقِطَهُ مِنْ بَيْعَةٍ أَوْ كَنِيسَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ مِنْ قُرَاهُمْ فَيَكُونُ ذِمِّيًّا ؛ وَمَن ادَّعَى أَنَّهُ عَبْدُهُ لَمْ يُقْبَلْ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ ؛ وَإِذَا كانَ عَلَى اللَّقِيطِ مالٌ فَهُوَ مَشْدُودٌ لَهُ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ بِأَمْرِ القاضِي ، وَيَقْبَلُ لَهُ الهِبَةَ ، وَيُسَلِّمُهُ فى صِناعَةٍ ، وَلا يُزَوِّجُهُ ، وَلا يُؤَاجِرُهُ .

إلا إذا أقام الآخر البينة لأنها أقوى. قال (والحرّ المسلم أولى من العبد والذمىّ) ومعناه إذا ادّعى نسبه حرّ وعبد أو مسلم وذمى فالحرّ أولى من العبد والمسلم أولى من الذمى ، لأن ذلك أنفع له (وإن ادّعاه عبد فهو ابنه) لأن ثبوت النسب أنفع له (وهو حرّ) لما تقدّم ولا يلزم من رقّ أبيه أن يكون رقيقا ، لأن العبد يتزوّج الحرّة (وإن ادّعاه ذمى فهو ابنه) لما مرّ (وهو مسلم) لأن الإسلام ثبت له بالدار وإبطاله إضرار به ، وليس من ضرورة كون الأب كافرا كفر الولد لاحتمال إسلام الأم . قال (إلا أن يلتقطه من بيعة أو كنيسة أو قرية من قراهم فيكون ذميا) لأن الظاهر أن أولاد المسلمين لايكونون فى مواضع أهل الذمة فكذلك بالعكس ، فى ظاهر الرواية أنه اعتبر المكان دون الواجد كاللقيط إذا وجده مسلم فى دار الحرب . وروى أبو سليمان عن محمد أنه اعتبر الواجد دون المكان لأن اليد أقوى ، وفى رواية اعتبر الإسلام نظرا للصغير . قال (ومن ادّعى أنه عبده لم يقبل إلا ببينة) عملا بالأصل ، وإقراره بالرقّ قبل البلوغ لايقبل ، وبعد البلوغ إن أجرى عليه أحكام الأحرار من قبول شهادته وحدّ قاذفه لم يصحّ وقبل ذلك يصحّ ؛ ولو التقطه مسلم فادّعى نصرانى أنه ابنه فهو أبنه وهومسلم لما تقدّم ، وإن كان عليه زىّ النصارى كالصليب والزنار فهو نصرانى ، لأن الظاهر أنه ولد على فراشه ولا اعتبار بالمكان . قال (وإذا كان على اللقيط مال مشدود فهو له)عملا بالظاهر (وينفق عليه منه بأمر القاضى) لعموم ولايته ويصدق عليه فى نفقة مثله ؛ وقيل لايحتاج إلى أمر القاضى لأن المال له فينفق عليه منه ، وله ولاية ذلك فيشترى له ما يحتاج إليه من الكسوة والطعام وغيرهما . قال (ويقبل له الهبة) لأنه نفع محض (ويسلمه فى صناعة) لأنه من باب التثقيف وفيه منفعته (ولا يزوجه) لأنه لاولاية له عليه ، وولاية التزويج والبيع والشراء للسلطان لعموم ولايته ، فان زوّجه السلطان ولا مال له فالمهر فى بيت المال ، وفى النوادر : إذا أمر الملتقط بختان الصبىّ فهلك ضمن لأنه ليس له هذه الولاية . قال (ولا يؤاجره) وهو الأصحّ لأنه لايملك إتلاف منافعه كالعمّ بخلاف الأمّ لأنها تملك ذلك ، ولهذا كان لها إجارته لنفقتها واستخدامه .

كتاب اللقطة

وأَخْذُها أَفْضَلُ ، وَإِنْ خافَ ضَياعَهَا فَوَاجِبٌ ، وَهِيَ أَمانَةٌ إِذَا أَشْهَدَ أَنَّهُ أَخَذَها لِيَرُدَّها عَلَى صَاحِبِها ، فإِنْ لَمْ يُشْهِدْ ضَمِنَها وَيُعَرِّفُها مُدَّةً يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّ صَاحِبَها لايَطْلُبُها بَعْدَ ذَلِكَ .

كتاب اللقطة

وهى كاللقيط فى الاشتقاق والمعنى ، وهى بضمّ اللام وفتح القاف : اسم للمال الملقوط ، وقال بعضهم : هى اسم الملتقط كالضحكة واللمزة والهمزة . فأما المال الملقوط فهو بسكون القاف ، والأوّل أصحّ .

قال (وأخذها أفضل) لئلا تصل إليها يد خائنة (وإن خاف ضياعها فواجب) صيانة لحقّ الناس عن الضياع ، وإن كان يخاف على نفسه الطمع فيها وترك التعريف والردّ فالترك أولى صيانة له عن الوقوع فى المحرّم . واللقطة : ما يوجد مطروحا على الأرض ما سوى الحيوان من الأموال لاحافظ له . والضالة : الدابة تضلّ الطريق إلى مربطها وأخذها أفضل لأن الغالب فى زماننا الضياع ، فإن أخذها وأشهد وعرّفها ثم ردّها إلى موضعها لم يضمن . وذكر الحاكم فى مختصره : أو ردّها بعد ما حوّلها ضمن ، لأن بالتحويل التزم الحفظ ، فبالردّ صار مضيعا ولاكذلك قبل التحويل . قال (وهى أمانة إذا أشهد أنه يأخذها ليردّها على صاحبها) وهو أن يشهد عند الأخذ أنه يأخذها للردّ أو يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علىّ (فإن لم يشهد ضمنها) خلافا لأبى يوسف إذا ادّعى أنه أخذها للردّ لأن الظاهر من حاله الحسبة لاالمعصية . ولهما أن الأصل أن كلّ متصرّف عاقل إنما يتصرّف لنفسه ، وقد اعترف بالأخذ الذى هو سبب الضمان ثم ادّعى ما يبرئه فلا يصدّق إلا ببينة ، وإن قال أخذته لنفسى ضمن بالإجماع باقراره ، وإن تصادقا أنه أخذها ليردّها لم يضمن بالإجماع لأن تصادقهما كالبينة . قال (ويعرّفها مدّة يغلب على ظنه أن صاحبها لايطلبها بعد ذلك) هو المختار ، لأن ذلك يختلف بقلة المال وكثرته . وعن أبى حنيفة إن كانت أقلّ من عشرة دراهم عرّفها أياما ، وإن كانت عشرة فصاعدا عرّفها حولا . وعن محمد التقدير بالحول من غير فصل لقوله عليه الصلاة والسلام « من التقط شيئا فليعرفه حولا من غير فصل » وجه الأوّل ما روى عن أبىّ بن كعب قال « وجدت مائة دينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عنها ، فقال : عرّفها حولا » والعشرة وما فوقها فى معناها من حيث وجوب القطع فى سرقة واستباحة الفرج بها ولا كذلك ما دونها .

فانْ جاءَ صَاحِبُها وَإلاَّ تَصَدَّقَ بِهَا إنْ شاءَ ، وَإنْ شاءَ أمْسَكَهَا ، فانْ جاءَ وأمْضَى الصَّدَقَةَ فَلَهُ ثَوَابُهُ ، وَإلاَّ لَهُ أنْ يُضَمِّنَهُ ، أوْ يُضَمِّنَ المِسْكِينَ ، أوْ يأخُذَهَا إنْ كانَتْ باقِيَةً ، وأَيُّهُما ضَمِنَ لايَرْجِعُ عَلَى أحَدٍ ، ولا يَتَصَدَّقُ بِهَا عَلَى غَنِيٍّ ، وَيَنْتَفِعُ بِهَا إنْ كانَ فَقِيرًا ، وَإنْ كانَتْ شَيْئًا لايَبْقَى عَرَّفَهُ إلى أنْ يَخافَ فَسادَهُ ، وَيُعَرِّفُها فى مَكانِ الالْتِقاطِ و مَجامِعِ النَّاسِ . وَإنْ كانَتْ حَقِيرَةً كالنَّوَى وَقُشُورِ الرُّمَّانِ يَنْتَفِعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ ، وَلِلْمالِكِ أخْذُهُ ،

وروى الحسن عن أبى حنيفه إن كانت مائتى درهم فما فوقها عرّفها حولا ، وفوق العشرة إلى مائة درهم شهرا ، وفى العشرة جمعة ، وفى ثلاثة دراهم ثلاثة أيام ، وفى درهم يوما ، وإن كانت تمرة ونحوها تصدّق بها مكانها ، وإن كان محتاجا أكلها مكانها قدّر لكلّ لقطة على قدرها فكأنه والأوّل سواء . والتعريف أن ينادى فى الأسواق والشوارع والمساجد : من ضاع له شيء فليطلب عندى . قال (فان جاء صاحبها وإلا تصدّق بها إن شاء) إيصالا للحقّ إلى مستحقه بقدر الإمكان ، لأن الواجب إيصاله إلى مالكه صورة ومعنى ، فاذا تعذّرت الصورة يوصله إليه معنى وهو الثوا ب (وإن شاء أمسكها) لاحتمال مجىء صاحبها (فان جاء وأمضى الصدقة فله ثوابه) لأنه ماله (وإلا له أن يضمنه أو يضمن المسكين أو يأخذها إن كانت باقية) أما تضمينه فلأنه سلم ماله إلى غيره بغير أمره ، وإذن الشرع فى ذلك لايمنع الضمان كأكل مال الغير حال المخمصة . وأما تضمين المسكين فلأنه قبض ماله بغير أمره . وأما أخذها فلأنه وجد عين ماله . قال (وأيهما ضمن لايرجع على أحد) أما الملتقط فلأنه ملكها من وقت التصدّق بالضمان فظهر أنه تصدّق بماله ، وأما الفقير فلأنه عوض ما وصل إليه . قال (ولا يتصدّق بها على غنىّ) لقوله عليه الصلاة والسلام « فان لم يأت صاحبها فليتصدّق بها » والصدقة لاتكون على الغنىّ كالواجبات . قال (وينتفع بها إن كان فقيرا) كغيره من الفقراء ، ويعطيها أهله إن كانوا فقراء لما مرّ . قال (وإن كانت شيئاً لايبقى) كاللحم واللبن والفواكه الرطبة ونحوها (عرفه إلى أن يخاف فساده) ثم يتصدّق به خوفا من الفساد وفيه نظر لصاحبها بالثواب دنيا وأخرى (ويعرّفها فى مكان الالتقاط ومجامع الناس) فهو أجدر أن يصل صاحبها . وسأل رجل عليا رضى الله عنه فقال : اذهب حيث وجدتّها فان وجدت صاحبها فادفعها إليه وإلا فتصدّق بها ، فان جاء صاحبها فخيره بين الأجر والقيمة . قال (وإن كانت حقيرة كالنوى وقشور الرمان ينتفع به من غير تعريف) لأنّ رميها إباحة للأخذ دلالة . قال (وللمالك أخذه) لأن الإباحة لاتسقط الملك عن العين خصوصا لغير معين ، وإن كان كثيرا لم يجز للملتقط

وَالسُّنْبُلُ بَعْدَ الحصَادِ إِذَا جَمَعَهُ فَهُوَ لَهُ خاصَّةً ، وَيَجُوزُ التِقاطُ الإِبِلِ وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ وَسائِرِ الحَيَوَانَاتِ ، وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِيما أَنْفَقَ عَلَيْها ، فانْ كانَ لَهَا مَنْفَعَةٌ آجرَها بِإِذْنِ الحاكِمِ وأَنْفَقَ عَلَيْها ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنْفَعَةٌ باعَها إِنْ كانَ أَصْلَحَ ، فانْ جاءَ صَاحِبُها فَلَهُ حَبْسُها حَتَّى يُعْطِيَهُ النَّفَقَةَ ، فانِ امْتَنَعَ بِيعَتْ فى النَّفَقَةِ ، فانْ هَلَكَتْ بَعْدَ الحَبْسِ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ وَقَبْلَ الحَبْسِ لا ؛ وَلَيْسَ فى رَدِّ اللُّقْطَةِ وَالضَّالَّةِ وَالصَّبِيِّ الحُرِّ شَيْءٌ وَاجِبٌ ؛

الانتفاع به . قال (والسنبل بعد الحصاد إذا جمعه فهو له خاصة) بدلا لةالحال وعليه جميع الناس فى جميع البلاد . قال أبو يوسف : من ألقى شاة ميتة فجاء آخر فأخذ صوفها وجلدها ودبغه فهو له ، فان جاء صاحبها فله أخذ الصوف والجلد وعليه ما زاد الدباغ كالغاصب . غريب مات فى دار رجل ليس له وارث معروف وخلف مالا وصاحب المنزل فقير فله الانتفاع به بمنزلة اللقطة . قال (ويجوز التقاط الإبل والبقر والغنم وسائر الحيوانات) لأنه مال يتوهم ضياعه فيستحب أخذه ليرده على صاحبه صيانة لأموال الناس ، وما روى أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن ضالة الإبل فقال : « مالك ولها عليها حذاؤها ومعها سقاؤها ترد الماء وترعى الشجر » . وسئل عليه الصلاة والسلام عن ضالة الغنم فقال : « هى لك أو لأخيك أو للذئب » فجوابه أن ذلك كان فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم حين كان الخوف من الافتراس لا من أخذ الناس ؛ أما اليوم كثر الفساد والخيانة وقلة الأديان والأمانة فكان أخذه أولى . قال (وهو متبرّع فيما أنفق عليها) لعدم ولايته على مالكها إلا أن يأذن له القاضى فيكون دينا على صاحبها لعموم ولايته وفى ذلك نظر للمالك . قال (فان كان لها منفعة آجرها باذن الحاكم وأنفق عليها) لأن فيه بقاء الملك على مالكه من غير أن يلزمه دين فكذلك حكم الآبق (وإن لم يكن لها منفعة باعها إن كان أصلح) وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أمر بذلك وجعلها دينا على مالكها لأن ولايته نظرية . وللقاضى أن يأمره بالنفقة عليها يومين وثلاثة رجاء مجىء صاحبها ، وبعد ذلك يبيعها لئلا تستأصلها النفقة فلا نظر حينئذ فى حقه . قال (فان جاء صاحبها فله حبسها حتى يعطيه النفقة) لأنه استفاد الملك من جهته لأنه صار هالكا معنى وقد أحياه بنفقته فصار كالبائع (فان امتنع بيعت فى النفقة) كالرهن لأن أمر القاضى كأمره ، فصار كأنه أنفق عليها وحبسها بأمره (فإن هلكت بعد الحبس سقطت النفقة) كالرهن (وقبل الحبس لا) لأنها أمانة . قال (وليس فى رد اللقطة والضالة والصبى الحرّ شىء واجب) لأنه متبرع فى الرد فان أعطاه المالك شيئا فحسن ، بخلاف الآبق لأن جعله واجب نصا لا قياسا . وعن الكرخى فى اللقطة : إذا قال من وجدها فله كذا فله أجر مثله لأنها إجارة فاسدة . وعن أبى يوسف :

وَمَنِ ادَّعَى اللُّقَطَةَ يَحْتَاجُ إلى البَيِّنَةِ ، فانْ أعْطَى عَلامَتَها جازَ لَهُ أنْ يَدْفَعَها إلَيْهِ وَلا يُجْبَرُ ، وَلُقَطَةُ الحِلِّ وَالحَرَمِ سَوَاءٌ .

كتاب الآبق

أخْذُهُ أفْضَلُ إذَا قَدَرَ عَلَيْهِ ، وكَذَلِكَ الضَّالُّ وَيَدْفَعُهُما إلى السُّلْطَانِ ، وُيحْبَسُ الآبِقُ دُونَ الضَّالِّ ، وَمَنْ رَدَّ الآبِقَ عَلى مَوْلاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلاثَةِ أيَّامٍ فَصَاعِداً فَلَهُ عَلَيْهِ أرْبَعُونَ دِرْهَماً وَبِحِسابِهِ إنْ نَقَصَتِ المُدَّةُ ،

لو ضاعت اللقطة فوجدها آخر لايكون الأوّل خصما فيها لأنهما سواء فى الالتقاط وليس كالمستودع ، لأن حفظ الوديعة عليه فله أخذها . قال (ومن ادّعى اللقطة يحتاج إلى البينة) لأنها دعوى (فان أعطى علامتها جاز له أن يدفعها إليه ولا يجبر) لجواز أنه عرفها من صاحبها أو رآها عنده ، ولأن حقّ اليد كالملك فلا تستحقّ إلا ببينة كالملك إلا أنه يجوز له الدفع عند العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام « فان جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها (١) فادعها إليه » فحملناه على الإباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور « البينة على المدّعى » ولو صدقه ودفعها إليه بغير قضاء ثم جاء آخر وأقام البينة فله أن يضمن أيهما شاء ، ولا يرجع القابض على الدافع ، وإن دفعها بقضاء فهو مجبور فيرجع على القابض لاغير . قال (ولقطة الحلّ والحرم سواء) لقوله عليه الصلاة والسلام « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرّفها سنة » مطلقا ، ولأنها لقطة ، وفى التصدّق بعد سنة إيصالها إلى مالكها بقدر الوسع على ما تقدّم فيشرع وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام فى الحرم « لاتحلّ لقطته إلا لمنشد » أى لمعرف والتخصيص بالحرم لئلا يتوهم السقوط طمعا أنها للغرباء .

كتاب الآبق

وهو العبد الهارب ، أبق العبد إذا هرب وتأبق إذا استتر ، ويقال : احتبس الآبق إذا هرب واستتر عن مولاه احتبس عنه . قال (أخذه أفضل إذا قدر عليه) لأنه إحياء له وإبقاء له على ملكه (وكذلك الضال) وقيل ترك الضالّ (٢) أولى لأنه يقف مكانه فيجده صاحبه بخلاف الآبق . قال (ويدفعهما إلى السلطان) لعجزه عن حفظهما (ويحبس الآبق دون الضالّ) لأنه يخاف إباق الآبق دون الضالّ . قال (ومن ردّ الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه أربعون درهما وبحسابه إن نقصت المدّة) لما روى عن

---

(١) قوله عفاصها ، العفاص : بكسر العين : الوعاء . والوكاء بكسر الواو : مايربّط به اهـ.

(٢) قوله الضالّ : أى التائه

فانْ كانَتْ قيمَتُهُ أقلَّ مِنْ أرْبَعينَ دِرْهَما فلَهُ قيمَتُهُ إلاَّ دِرْهَما (س) ، وأُم الوَلَدِ وَالمُدَبَّرُ كالقِنِّ وَالصَّبِيُّ كالبْالِغِ ، ويَنْبَغِى أنْ يُشْهِدَ أنَّه يأخُذُهُ لِيَرُدَّهُ ، ولَوْ أبَقَ مِنْ يَدِهِ لايَلْزَمُهُ شَيْءٌ ، وَإنْ كانَ رَهْنا فالجُعْلُ عَلى المُرْتَهِنِ ، وَإنْ كانَ جانيا فَعَلى مَوْلاهُ إنْ فَدَاهُ ، وَعلَى وَلِيِّ الجِنايَةِ إنْ أعْطاهُ لَهُ ؛ وَحُكْمُهُ فى النَّفَقَةِ كاللُّقْطَةِ .

عمرو بن دينار أنه قال : كان النبيّ عليه الصلاة والسلام يقول « جعل الآبق أربعون درهما » واجتمعت الصحابة على وجوب الجعل لكن اختلفوا فى مقداره ، فمنهم من قال أربعون ومنهم من قال دونها ، فقلنا بوجوب الأربعين فى مسيرة السفر وما دونها فيما دون توفيقا بين أقوالهم رضى الله عنهم ، ولأن ذلك حامل على ردّ الآبق وصيانة له عن الضياع إذ الحسبة قليلة ، وقوله فى نقصان المدة بحسابه أنه مفوّض إلى رأى الإمام ، وقيل يقسط لكلّ يوم ثلاثة عشر درهما وثلث فيقدر الرضخ بقدره وقيل باصطلاحهما . قال (فان كانت قيمته أقلّ من أربعين درهما فله قيمته إلا درهما) وقال أبو يوسف : له الجعل كاملا لأنه منصوص عليه . ولهما أنه إنما شرع ذلك لمصلحة المالك فينقص من قيمته درهم لتحصل له الفائدة . قال (وأم الولد والمدبر كالقنّ) لأنهما فى معناه من إحياء الملك (والصبيّ كالبالغ) لأنه مئونة الملك ، ولو ردّه أبوه أو وصيه فلا جعل لهما لأن الحفظ عليهما وهما يتوليان ذلك ، وكذلك أحد الزوجين على الآخر ، وكذلك الابن لأن العادة جرت بالرد من هؤلاء تبرّعا واصطناعا ، ولو ردّ عبد أبيه أو أخيه أو سائر قرابته لاجعل له إن كان فى عياله وإن لم يكن فله الجعل ، ولو قال لغيره : أبق عبدى إن وجدته فخذه فقال نعم فردّه لاجعل عليه ، لأنه وعده بردّه فصار متبرّعا . ردّ أمة ومعها ولدها فله جعل واحد إلا أن يكون مراهقا فيجب ثمانون درهما ، ولو صالح عن الجعل على عشرين درهما جاز ، ولو صالحه على أكثر من أربعين يحط الفضل لأن المستحقّ أربعون فالزيادة ربا . قال (وينبغى أن يشهد أنه يأخذه ليردّه) على ما بينا فى اللقطة من الاختلاف والتعليل . قال (ولو أبق من يده لايلزمه شىء) لأنه أمانة لأنه مأذون له فى أخذه ولا شىء له لأنه ما ردّه على مالكه . قال (وإن كان رهنا فالجعل على المرتهن) لأنه وجب بجناية الرهن وهى فى ضمان المرتهن ولأنه أحيا ماليته وهى حقه ، وإن كان بعضه خاليا عن الدين فعلى المالك بقدره من الجعل كما فى الفداء فى الجناية ، ولأن حقه فى القدر المضمون عليه ، ولو كان بين جماعة فالجعل عليهم بقدر الأنصباء لأنه مئونة الملك (وإن كان جانيا فعلى مولاه إن فداه ، وعلى ولىّ الجناية إن أعطاه له) لأن منفعته لمن يستقرّ الملك له والجعل يتبع المنفعة . قال (وحكمه فى النفقة) فى التبرّع وإذن القاضى وحبسه بها بعد الردّ (كاللقطة) اشترى آبقا فردّه

كتاب المفقود

وَحُكْمُهُ أَنَّهُ حَيٌّ فى حَقِّ نَفْسِهِ وَمَيِّتٌ فى حَقِّ غَيْرِهِ ، وَيُقِيمُ القاضِي مَنْ يَحْفَظُ مالَهُ وَيَسْتَوْفِي غَلَاتِّهِ فِيما لاوَكِيلَ لَهُ فِيهِ ، وَيَبِيعُ مِنْ أَمْوَالِهِ مايَخافُ عَلَيْهِ الهَلاكَ ، وَيُنْفِقُ مِنْ مالِهِ عَلى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حالَ حُضُورِهِ بِغَيْرِ قَضاءٍ ،

لاجعل له لأنه عمل لنفسه ، وإن قال : لم أقدر على ردّه إلا بالشراء وإنما اشتريته لأردّه وأقام البينة على ذلك فله الجعل لأنه أخذه ليردّه وهو متبرّع فى الثمن ، وإذا حبس السلطان الآبق مدة ولم يجيء له طالب إن شاء باعه وإن شاء أنفق عليه من بيت المال وجعلها دينا على المالك أو فى ثمنه ، ولا يؤاجره خوف الإباق . أما الضالّ يؤاجره ولا يبيعه .

كتاب المفقود

المفقود : المعدوم ، وفقدت الشيء : إذا طلبته فلم تجده ، قال الله تعالى ـ قالوا نفقد صواع الملك ـ أى طلبناه فلم نجده فقد عدم . وفى الشرع : الذى غاب عن أهله وبلده أو أسره العدوّ ولم يدر أحيّ هو أم ميت ، ولا يعلم له مكان ومضى على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الاعتبار (وحكمه أنه حيّ فى حقّ نفسه) لاتتزوّج امرأته ولا يقسم ماله ولا تفسخ إجارته ، لأن ملكه كان ثابتا فى ماله وزوجته ومنافع ما استأجره ، وغيبوبته لاتوجب الفرقة والموت محتمل ، فلا يزول الثابت باليقين بالاحتمال . وقال عليه الصلاة والسلام فى امرأة المفقود « هى امرأته حتى يأتيها البيان » رواه المغيرة بن شعبة . وعن عليّ رضى الله عنه : إنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق . وروى عبد الرحمن بن أبى ليلى أن عمر كان يقول : يفرق بينه وبين امرأته إذا مضت أربع سنين ، ثم رجع إلى قول عليّ . قال (و) هو (ميت فى حقّ غيره) لايرث ممن مات حال غيبته لأن الحكم ببقائه بناء على استصحاب الحال وأنه يصلح للدفع لاللاستحقاق . قال (ويقيم القاضى من يحفظ ماله ويستوفى غلاته فيما لاوكيل له فيه ، ويبيع من أمواله ما يخاف عليه الهلاك) لأن القاضى نصب لمصالح المسلمين نظرا لمن عجز عن التصرّف بنفسه كما قلنا فى الصبيّ والمجنون ، والمفقود عاجز بنفسه فيتصرّف له القاضى والنظر له فيما ذكرنا فيقبض دينا أقرّ به الغريم ولا يخاصم لأنه وكيل فى القبض من جهته وأنه لايملك الخصومة بالإجماع ، لأن القاضى يلى الحفظ دون الخصومة ، ولا يبيع ما لايخاف عليه الهلاك لافى نفقة ولا غيرها إذ لانظر فى ذلك . قال (وينفق من ماله على من تجب عليه نفقته حال حضوره بغير قضاء) كزوجته

فانْ مَضَى لَهُ مِنَ العُمُرِ ما لايَعيشُ أقرانُهُ حُكِمَ بِمَوْتِهِ .

كتاب الخنثى

إذا كانَ لَهُ آلَةُ الرَّجُلِ وَالمَرأةِ ، فانْ بالَ مِنْ أحَدِهِما اعتُبِرَ بِهِ ، فانْ بالَ مِنَ الذَّكَرِ فَهُوَ غُلامٌ ، وَإنْ بالَ مِنَ الفَرْجِ فَهُوَ أُنثَى ، وَإنْ بالَ مِنهُما اعتُبِرَ بِأسبَقِهِما ،

وأولاده وأبويه لأنه إعانة لهم ، وكلّ من لايستحقها بحضرته إلا بقضاء فانه لاينفق عليه كالأخ والأخت ونحوهما لأنه قضاء على الغائب ، والمراد بقوله : من ماله النقدان لأنهما قيمة ما يستحقون من المطعوم والمشروب والملبوس ، ولو كان له من جنس ما يستحقونه دفعه إليهم ، وإن كان ماله دينا أو وديعة ، فان اعترف المديون والمودع بالمال والزوجية والنسب أنفق عليهم منه ، وإن كان ذلك ثابتا عند القاضى فلا حاجة إلى اعترافهم ، وإن ثبت عند القاضى بعض ذلك يشترط اعترافهما بالباقى ، ولو أنفق المديون والمودع عليهم بغير إذن القاضى ضمنا لأنهما ما أوصلا الحقّ إلى مالكه ولا نائبه . قال (فان مضى له من العمر مالايعيش أقرانه حكم بموته) وهو الأقيس على قول أبى حنيفة لاختلاف الأعمار باختلاف الأزمان . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه قدره بمائة وعشرين سنة . وعن أبى يوسف مائة سنة ، وقيل تسعين سنة ، وهو غاية ما تنتهى إليه أعمار أهل زماننا فى الأعمّ الأغلب ، وهو الأرفق لأن فى التفحص عن موت الأقران حرجا ، وباقى مسائل المفقود تأتى فى الفرائض إن شاء الله تعالى .

كتاب الخنثى

وهو مشتقّ من التخنث وهو التكسر ، يقال : اطو الثوب على أخناثه : أى على تكسره ومطاويه ، وسمى الخنثى لأنه تكسر وتنقص حاله عن حال الرجال ، ويفوق على حال النساء حيث كان له آلة الرجال والنساء . وقال عمر النسفى : أو ليس له هذا ولا هذا ويخرج حدثه من دبره أو من سرّته . وذكر فى المنتقى قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا خرج البول من سرّته وليس له قبل ولا ذكر لاأدرى مايقول فى هذا (إذا كان له آلة الرجل والمرأة ، فان بال من أحدهما اعتبر به ، فان بال من الذكر فهو غلام ، وإن بال من الفرج فهو أنثى) لأن ذلك دليل على أن الآلة التى يخرج منها هى الأصل والأخرى عيب وسئل صلى الله عليه وسلم عنه كيف يورث ؟ فقال : « من حيث يبول » ومثله عن علىّ رضى الله عنه وهكذا كان حكمه فى الجاهلية فأقرّه الإسلام . قال (وإن بال منهما اعتبر بأسبقهما)

فانْ بالَ مِنْهُما مَعًا فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلٌ ، وَلا مُعْتَبَرَ بالكَثْرَةِ (سم) ، فاذَا بَلَغَ فَظَهَرَتْ لَهُ أَماراتُ الرِّجالِ فَهُوَ رَجُلٌ ، وَإِنْ ظَهَرَتْ لَهُ أَماراتُ النِّساءِ فَهُوَ امْرأَةٌ ، فانْ لَمْ تَظْهَرِ الأَمارَتانِ أَوْ تَعارَضَتا فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلٌ .

فَإذَا حُكِمَ بِكَوْنِهِ خُنْثَى مُشْكِلاً يُؤْخَذُ فيهِ بالأَحْوَطِ والأَوْثَقِ مِنْ أُمورِ الدِّينِ فَيُورَّثُ أَخَسَّ السَّهْمَيْنِ وَيَقِفُ بَيْنَ صَفِّ الرِّجالِ وَالنِّساءِ في الصَّلاةِ ، وَإِنْ صَلَّى في صَفِّ النِّساءِ أَعادَ ، وَلَوْ صَلَّى فى صَفِّ الرِّجالِ يُعيدُ مَنْ عَنْ يَمِينِهِ وَيَسارِهِ وَمَنْ خَلْفَهُ بِحِذَائِهِ ، وَيُصَلِّى بِقِناعٍ ، وَلا يَلْبَسُ الحُلِيَّ وَالحَرِيرَ ، وَلا يَخْلُو بِهِ غَيْرُ مَحْرَمٍ رَجُلٌ وَلا امْرأَةٌ ، وَلا يُسافِرُ بِغَيْرِ مَحْرَمٍ ، وَتُبْتاعُ لَهُ أَمَةٌ تَخْتِنُهُ ،

لأنه دلالة على أنه العضو الأصلى (فان بال منهما معا فهو خنثى مشكل ولا معتبر بالكثرة) وقال : يعتبر أكثرهما بولا ، لأن للأكثر حكم الكل ولأنه علامة أخرى على الأصالة والقوّة ، وله أن الكثرة تكون لاتساع المخرج ، ولا دلالة فيه على الأصالة فان استويا فى القدر فهو مشكل بالإجماع لعدم المرجح . قال (فاذا بلغ فظهرت له أمارات الرجال فهو رجل) وذلك كاللحية ومجامعة النساء والاحتلام من الذكر لأن هذه علامة تخص الرجال (وإن ظهرت له أمارات النساء فهو امرأة) كالحيض والحبل ونزول الثدى واللبن فيه والجماع فى الفرج لأن هذه علامات تخص النساء . قال (فان لم تظهر الأمارتان أو تعارضتا فهو خنثى مشكل) قال الطحاوى : قال محمد : الإشكال قبل البلوغ فاذا بلغ فلا إشكال . قال النسفى : وليس يخلو إذا بلغ من بعض هذه العلائم .

فصل

(فاذا حكم بكونه خنثى مشكلا يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق من أمور الدين) فلايحكم بما وقع الشك فى ثبوته ، ويرجح المحرم على المبيح (فيورث أخس السهمين) ويعرف بيانه فى الفرائض إن شاء الله تعالى (ويقف بين صف الرجال والنساء فى الصلاة) لأنه إن كان رجلا لايجوز وقوفه فى صف النساء لئلا تفسد صلاته ، ولو كان امرأة لايجوز وقوفها فى صف الرجال لئلا تفسد صلاتهم فيقف بينهما . قال (وإن صلى فى صف النساء أعاد) لجواز أن يكون رجلا (ولو صلى فى صف الرجال يعيد من عن يمينه ويساره ومن خلفه بحذائه) لاحتمال أنه امرأة . قال (ويصلى بقناع) لاحتمال أنه امرأة ، ويجلس كما تجلس المرأة (ولا يلبس الحلى والحرير) لاحتمال أنه رجل (ولا يخلو به غير محرم رجل ولا امرأة ، ولا يسافر بغير محرم) احتياطا . قال (وتبتاع له أمة تختنه) لأنه لايجوز أن يختنه

فإذَا خَتَنَتْهُ باعَها ، وَإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مالٌ فَمِنْ بَيْتِ المَالِ ، وَإذَا ماتَ وَلَمْ يَسْتَبِنْ حالُهُ يُمِّمَ ، ثُمَّ يُكَفَّنُ وَيُدْفَنُ كَالجارِيَةِ .

كتاب الوقف

وَهُوَ حَبْسُ العَيْنِ عَلَى مِلْكِ الوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالمَنْفَعَةِ وَلا يَلْزَمُ إلاَّ أنْ يَحْكُمَ بِهِ حاكِمٌ (سم ف) ، أو يَقُولَ : إذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَفْتُهُ ،

رجل ولا امرأة لما بينا ، ويجوز لجاريته النظر إلى فرجه رجلا كان أو امرأة (فاذا ختنته باعها) لاستغنائه عنها (وإن لم يكن له مال فمن بيت المال) لأنه لمصالح المسلمين ، وإذا كان صغيرا لايشتهى جاز ختانه للرجل وللمرأة ، وعن أبى حنيفة أنه يزوّج امرأة ، فان كان رجلا صحّ النكاح وحلّ لها النظر إلى فرج زوجها ، وإن كان امرأة فلا نكاح ، لكن يجوز للمرأة النظر إلى فرج المرأة للضرورة ، ولا يرث الخنثى من مولى أبيه لاحتمال أنه أنثى ولو أوصى لحمل فلانة بألف إن كان ذكرا وبخمسمائة إن كان أنثى فولدت خنثى فله خمسمائة احتياطا إلا أن يتبين غير ذلك . وإن قتله قاتل خطأ وقال إنه أنثى فالقول قوله لإنكاره الزيادة ولا قصاص فى أطرافه أصلا ، ولو ارتدّ لايقتل ولايدخل فى القسامة ولا تقرّر عليه الجزية لو كان كافرا ، ولوأسر لايقتل لاحتمال أنه أنثى ولا يحدّ قاذفه لأنه إن كان رجلا فهو كالمجبوب ، وإن كان امرأة فهى كالرتقاء ، ولا يحدّ قاذفهما لأن الحدّ لنفى التّهمة وهى منتفية عنهما ، ولو قال لامرأته : إن كان أوّل ولد تلدينه غلاما فامرأته طالق أو فعبده حرّ فولدت خنثى لايحنث مالم يستبن أمره . ولو قال : كل عبد له حرّ ، أو كل أمة له حرّة لايعتق الخنثى حتى يستبين أمره ، ولو بان أحد الأمرين عتق للتيقن (وإذا مات ولم يستبن حاله يمم ثم يكفن) لأنه لايجوز غسله للرجال ولا للنساء احتياطا فقد تعذّر غسله فييمم ، وإذا اجتمعت الجنائز جعلت جنازته بين جنازة الرجل والمرأة لما مر فى الصلاة فى جياته (ويدفن كالجارية) احتياطا .

كتاب الوقف

الوقف فى اللغة : الحبس ، يقال : وقفت الدابة إذا حبستها على مكانها ، ومنه الموقف لأن الناس يوقفون فيه : أى يحبسون للحساب . وفى الشرع : حبس شىء معلوم بصفة معلومة على ما نبينه إن شاء الله تعالى (وهو حبس العين على ملك الواقف والتصدّق بالمنفعة ، ولا يلزم إلا أن يحكم به حاكم ، أو يقول : إذا متّ فقد وقفته) وأجمعت الأمة على جواز أصل الوقف ،لما روى أنه عليه الصلاة والسلام تصدّق بسبع حوائط

. . . .

في المدينة ، وكذلك الصحابة وقفوا ، والخليل صلوات الله عليه وقف وقوفا هي باقية جارية إلى يومنا. وإنما اختلفوا في كيفية جوازه ، قال أبوحنيفة وزفر : شرط جوازه أن يكون موصى به ، أو يقول : إذا متّ فقد وقفته حتى لولم يوص به لايصحّ ويبقى على ملكه يجوز بيعه ويورث عنه إلا أن يجيزه الورثة فيصير جائزا ويتأبد ، ولو قضى القاضي بلزومه لزم ونفذ لأنه قضاء في مجتهد ولم يكن لغيره إبطاله . وقال أبو يوسف ومحمد : لايشترط لجوازه شيء من ذلك ، وهذا بناء على أن الوقف عنده حبس العين على ملكه عملا بمقتضى قوله وقفت والتصدّق بثمرته وغلته المعدومة على المساكين ، ولا يصحّ التصدّق بالمعدوم إلا بالوصية ، وعندهما هو إزالة العين عن ملكه إلى الله تعالى وجعله محبوسا على حكم ملك الله تعالى على وجه يصل نفعه إلى عباده ، فوجب أن يخرج عن ملكه ويخلص لله تعالى ويصير محرّرا عن التمليك ليستديم نفعه ويستمرّ وقفه للعباد . لهما أن الحاجة ماسة إلى لزوم الوقف ليصل ثوابه إليه على الدوام، وأنه ممكن باسقاط ملكه وجعله لله تعالى كالمسجد فيجعل كذلك. قال النسفي : وكان أبو يوسف يقول بقول أبي حنيفة حتى دخل بغداد فسمع حديث عمر فرجع عنه وقال : لو بلغ هذا أبا حنيفة لرجع إليه ، وهو ما رواه محمد بن الحسن عن صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر « أن عمر رضي الله عنه كان له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا ، فقال عمر : يا رسول الله إني استفدت مالا نفيسا أفأتصدّق به ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تصدّق بأصله لايباع ولا يوهب ولا يورث ، ولكن تنفق ثمرته على المساكين ، فتصدّق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين وابن السبيل وذوي القربى » ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يوكل صديقا له غير متأثل . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لاحبس عن فرائض الله » وعن شريح جاء محمد ببيع الحبيس . وعن عبد الله بن زيد « أنه تصدّق بضيعة له ، فشكاه أبوه إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم ، فقال له : ارجع في صدقتك » ولأن شرائط الواقف تراعى فيه ، ولو زال عن ملكه لم تراع كالمسجد ، ولأنه يحتاج إلى التصدّق بالغلة دائما ، ولا ذلك إلا ببقاء العين على ملكه ، ثم عند محمد لصحة الوقف أربعة شرائط : التسليم إلى المتولي ، وأن يكون مفرزا ، وألا يشترط لنفسه شيئا من منافع الوقف ، وأن يكون مؤبدا بأن يجعل آخره للفقراء . لما روى عن عمر وابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم أنهم قالوا : لاتجوز الصدقة إلا محوزة مقبوضة ؛ ولأن التمليك حقيقة من الله لايتصوّر لأنه مالك الأشياء ، وإنما يثبت ذلك ضمنا للتسليم إلى العبد كالزكاة ، ولأنه متى كان له شيء من منافع الوقف لم يخلص لله تعالى . وقال أبو يوسف : شيء من ذلك ليس بشرط لأنه إسقاط وصار كالإعتاق ، وأخذ مشايخ خراسان بقول أبي يوسف ترغيبا

وَلا يَجُوزُ وَقْفُ المُشاعِ (س) ، وَإِنْ حُكِمَ بِهِ جازَ، وَلا يَجُوزُ حَتّى يَجْعَلَ آخِرَهُ لِجِهَةٍ لاتَنْقَطِعُ (س) أَبَدًا ، وَيَجُوزُ وَقْفُ العَقارِ ، وَلا يَجُوزُ وَقْفُ المَنْقُولِ (س) ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ جَوَازُ وَقْفِ ماجَرَى فِيهِ التَّعامُلُ كالفَأْسِ وَالقَدُومِ وَالمِنْشارِ وَالقُدُورِ وَالجِنازَةِ وَالمَصاحِفِ وَالكُتُبِ ،

للناس فى الوقف . قال الخصاف : ذكر التأبيد عند أبى يوسف . وعند محمد لابد من ذكره . قال القاضى أبو عاصم : قول أبى يوسف أقوى لمقاربة بين الوقف والملك إذ فى كلّ واحد منهما معنى التمليك وقول محمد أقرب إلى موافقة الآثار ، وبه أخذ مشايخ بخارى . قال (ولا يجوز وقف المشاع) عند محمد لما ذكرنا من الأثر ولأن القبض عنده شرط ، ويجوز عند أبى يوسف لأن القسمة من تمام القبض وليس بشرط عنده (وإن حكم به جاز) بالإجماع لما مرّ ، وإن طلب الشريك القسمة يقسم لأنها إفراز وإن كان فيها معنى المبادلة ، إلا أنا غلبنا جهة الإفراز نظرا للوقف ، فان كان الشريك غير الواقف يقاسمه ، لأن الولاية له ، وإن كان هو يقاسمه القاضى لئلا يتولى الطرفين ، ولا يجوز أخذ الدراهم للوقف لأنه يصير بيعا للوقف ، ويجوز أن يعطيه دراهم من الوقف لأنه يصير مشتريا للوقف وما لايحتمل القسمة يجوز مع الشيوع عند محمد اعتبارا بالصدقة والهبة ، ولا يجوز الشيوع فى المسجد والمقبرة بالإجماع ، لأن الشركة تنافى الخلوص لله تعالى والتهايؤ فيها قبيح بأن يصلى فيه يوما ويسكن يوما ويدفن فيه شهرا ويزرع شهرا ، بخلاف غيرهما من الوقوف لأن الاستغلال ممكن غير مستبشع . قال (ولا يجوز حتى يجعل آخره لجهة لاتنقطع أبدا) وقال أبو يوسف : يجوز لأن المقصود التقرّب إلى الله تعالى وأنه يحصل بجهة تنقطع . ولهما أن موجبه زوال الملك بدون التمليك وذلك بالتأبيد كالعتق فاذا لم يتأبد لم يتوفر عليه موجبه ولهذا يبطله التوقيت كما يبطل البيع . ثم قيل التأبيد شرط بالإجماع إلا أن محمدا اشترط ذكره لأنها صدقة بالمنفعة أو بالغلة ، وقد يكون مؤقتا ويكون مؤبدا كما فى الوصية ، ولا يتعين التأبيد إلا بالتنصيص . وعند أبى يوسف لايحتاج إلى ذكره ، لأن ذكر الوقف ينبئ عنه كما ذكره الخصاف . قال (ويجوز وقف العقار) لما مرّ من النصوص والآثار (ولا يجوز وقف المنقول) وقال أبويوسف : إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز للتبعية وكذلك وقف الدولاب ومعه سانيته وعليها حبل ودلو . ولو وقف بيتا فيه كوارة عسل جاز وصار النحل تابعا للعسل ولو وقف دارا فيها حمام صار الحمام تبعا له ، وهذا لأن من الأحكام ما يثبت تبعا ولا يثبت مقصودا كالشرب فى بيع الأرض والبناء فى الشفعة (وعن محمد جواز وقف ماجرى فيه التعامل كالفأس والقدوم (١) والمنشار والقدور والجنازة والمصاحف والكتب)

---

(١) القدوم بالتخفيف .

بِخِلافِ مالاتَعامُلَ فيهِ ، وَالفَتْوَى عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ ، وَيَجُوزُ حَبْسُ الكُرَاعِ وَالسِّلاحِ ، وَلا يَجُوزُ بَيْعُ الوَقْفِ وَلا تَمْلِيكُهُ ، وَيَبْدأُ مِنَ ارْتِفاعِ الوَقْفِ بِعِمارَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْرِطْها الوَاقِفُ ، فإنْ كانَ الوَقْفُ عَلَى غَنِيٍّ عَمَّرَهُ مِنْ مالِهِ ، وَإِنْ كانَ عَلَى فُقَرَاءَ فَلا تُقَدَّرُ عَلَيْهِمْ ، فانْ أبَى أَوْ كانَ فَقِيراً آجَرَها القاضِي وَعَمَّرَها بِأُجْرَتِها ثُمَّ رَدَّها إلى مَنْ لَهُ السُّكْنَى ، وَما انْهَدَمَ مِنْ بِناءِ الوَقْفِ وَآلَتِهِ صُرِفَ فِي عِمارَتِهِ ،

لوجود التعامل فى هذه الأشياء وبالتعامل يترك القياس كما فى الاستصناع . قال عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » (بخلاف ما لاتعامل فيه) كالثياب والأمتعة ، لأن من شرط الوقف التأبيد كما بينا تركناه فى السلاح والكراع بالنصّ ، وفيما جرى فيه التعامل بالتعامل فبقى ما وراءه على الأصل (والفتوى على قول محمد) لحاجة الناس وتعاملهم بذلك . قال (ويجوز حبس الكراع والسلاح) أى وقفه فى سبيل الله ، لأن خالد بن الوليد وقف دروعا فى سبيل الله وأجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم وجعل رجل ناقته فى سبيل الله فأراد آخر أن يحج عليها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال الحجّ من سبيل الله ، وطلحة حبس سلاحه وكراعه فى سبيل الله : أى خيله ، والإبل كالخيل لأن العرب تقاتل عليها وتحمل عليها السلاح . قال (ولا يجوز بيع الوقف ولا تمليكه) لما مرّ من حديث عمر رضى الله عنه ، ولأنه يبطل التأبيد والمقصود من الوقف التأبيد . قال (ويبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته وإن لم يشرطها الواقف) تحصيلا لمقصوده ، فانه قصده وصول الثواب إليه بوصول المنفعة أو الغلة إلى الموقوف عليه على الدوام وذلك ببقاء أصله وإنه بالعمارة فكانت العمارة شرطا لمقتضى الوقف (فان كان الوقف على غنى عمره من ماله) ليكون الغنم بالغرم لأنه معين يمكن مطالبته (وإن كان على فقراء فلا تقدر عليهم) وغلة الوقف أقرب أموالهم فيجب فيها ، وإن وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان كنفقة العبد الموصى بخدمته (فإن أبى أو كان فقيرا آجرها القاضى وعمرها بأجرتها ثم ردّها إلى من له السكنى) رعاية للحقين لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا فيفوت حقهم فى السكنى وحقّ الواقف فى الثواب ، ولا يكره الممتنع عن العمارة لأنه يتلف مال نفسه ، ولا يكون بامتناعه راضيا ببطلان حقه لأنه فى حيز التعارض ثم المستحقّ من العمارة بقدر مايبقى الموقوف على ما كان عليه ، وكذلك لوخرب يبنى كما كان ، لأن بتلك الصفة كانت غلته مصروفة إلى الموقوف عليه فلا حاجة فيه إلى الزيادة ، ومن له السكنى لايجوز إجارته لعدم مالكيته . قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرف فى عمارته) مثل الآجر والخشب والقار والأحجار ليبقى

فانْ اسْتُغْنِيَ عَنْهُ حُبِسَ لِوَقْتِ حاجَتِهِ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ إعادَةُ عَيْنِهِ بِيعَ ، وَيُصْرَفُ الثَّمَنُ إلى عِمَارَتِهِ ، وَلا يَقْسِمُهُ بَيْنَ مُسْتَحِقِّي الوَقْفِ ؛ وَيَجُوزُ أنْ يَجْعَلَ الواقِفُ غَلَّةَ الوَقْفِ أوْ بَعْضَها لَهُ وَالوِلايَةَ إلَيْهِ ، فانْ كانَ غَيْرَ مأمُون نَزَعَهُ القاضِي مِنْهُ وَوَلَّى غَيْرَهُ ؛ وَمَنْ بَنَى مَسْجِداً لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ حَتّى يُفْرِزَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِطَرِيقِهِ وَيأذَنَ بالصَّلاةِ فِيهِ (س) .

على التأبيد (فإن استغنى عنه حبس لوقت حاجته) فيصرف فيها لأنه لابد من العمارة فيحبسه كيلا يتعذّر عليه وقت الحاجة (وإن تعذّر إعادة عينه بيع ويصرف الثمن إلى عمارته) صرفا له إلى مصرف الأصل (ولا يقسمه بين مستحق الوقف) لأنّ العين حقّ الله تعالى وهذا منها فلا يصرف إليهم غير حقهم . قال (ويجوز أن يجعل الواقف غلة الوقف أو بعضها له والولاية إليه) وقد مرّ وجهه والاختلاف فيه (فإن كان غير مأمون نزعه القاضى منه وولى غيره) نظرا للفقراء كإخراج الوصىّ نظرا للصغير ، وإن شرط أن ليس للقاضى عزله فالشرط باطل لمخالفته حكم الشرع ، وإن مات القيم فى حياة الواقف نصب غيره لأن الولاية له ووصيه بمنزلته ، لأن ولايته للوقف نظرية وهى فيما ذكرنا فإن كان لم يوص إلى أحد فالرأى للقاضى ، ولا يجعل القيم من الأجانب ما دام يجد من أهل بيت الواقف من يصلح لذلك إما لأنه أشفق أو لأن من قصد الواقف نسبة الوقف إليه وذلك فيما ذكرنا ، فان لم يجد فمن الأجانب من يصلح ، فان أقام أجنبيا ثم صار من ولده من يصلح صرفه إليه كما فى حقيقة الملك . أرباب الوقف المعدودون إذا نصبوا متوليا بدون رأى القاضى صحّ إذا كانوا من أهل الصلاح كما إذا اجتمع أهل مسجد على نصب متولّ جاز لأن الحقّ لهم . قال (ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه) لأنه لم يخلص لله تعالى إلا به . قال (ويأذن بالصلاة فيه) عند أبى حنيفة ومحمد لأنه تسليم وهو شرط عندهما ، وعند أبى يوسف يصير مسجدا بمجرّد قوله جعلته مسجدا ، لأن التسليم ليس بشرط كالإعتاق والفرق لهما أن العبد فى يد نفسه ولا كذلك المسجد ، والتسليم أن يصلى فيه جماعة فى رواية الحسن ، لأن المساجد بنيت للجماعة ، ولو صلى فيه واحد أو جماعة وحدانا فى رواية لايصحّ ، وهو قول محمد لما بينا ، وفى رواية يصحّ لأنه من خصائص المساجد وبها يتحرّر عن حقوق العباد ، قال الله تعالى ـ وأن المساجد لله ـ أضافها إلى نفسه إضافة اختصاص كالكعبة ، ولهذا لايصحّ فيه شرط الخيار ولا تعيينه الإمام ولا من يصلى فيه ، بخلاف غير المساجد حيث بقى مملوكا ينتفع به كسائر المملوكات سكنى وزراعة حتى لولم يخلص المسجد لله تعالى بأن كان تحته سرداب أو فوقه بيت ، أو جعل وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول والصلاة فيه لايصير مسجدا ويورث عنه ، إلا إذا كان السرداب أو العلو لمصالح

وَمَنْ بَنَى سِقَايَةً لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ خَانًا لِأَبْنَاءِ السَّبِيلِ أَوْ رِبَاطًا أَوْ حَوْضًا أَوْ حَفَرَ بِئْرًا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبُرَةً أَوْ طَرِيقًا لِلنَّاسِ لَا يَلْزَمُ مَا لَمْ يَحْكُمْ بِهِ حَاكِمٌ أَوْ يُعَلِّقْهُ بِمَوْتِهِ ، وَالْوَقْفُ فِي الْمَرَضِ وَصِيَّةٌ . رِبَاطٌ اسْتُغْنِيَ عَنْهُ يُصْرَفُ وَقْفُهُ إِلَى أَقْرَبِ رِبَاطٍ إِلَيْهِ ، وَلَوْ ضَاقَ الْمَسْجِدُ وَبِجَنْبِهِ طَرِيقُ الْعَامَّةِ يُوَسَّعُ مِنْهُ الْمَسْجِدُ ، وَلَوْ ضَاقَ الطَّرِيقُ وُسِّعَ مِنَ الْمَسْجِدِ .

المسجد أو كانا وقفا عليه ، وعن محمد أنه لما دخل الريّ أجاز ذلك بكلّ حال لضيق المنازل . وعن أبي يوسف مثله لما دخل بغداد ؛ ولو خرب ما حول المسجد وتفرّق الناس عنه يعود ملكا ويورث عنه عند محمد خلافا لأبي يوسف . وذكر بعضهم قول أبي حنيفة مع أبي يوسف وبعضهم مع محمد . قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا لأبناء السبيل أو رباطا أو حوضا أو حفر بئرا أو جعل أرضه مقبرة أو طريقا للناس) فعند أبي حنيفة (لايلزم ما لم يحكم به حاكم أو يعلقه بموته) على ما تقدّم من أصله ، لأنه لم ينقطع حقه عنه حتى جاز له أن يستقي ويسكن ويدفن ويشرب من الحوض ، بخلاف المسجد لأنه لم يبق له فيه حقّ . وعند أبي يوسف يلزم بالقول لما تقدّم إذ التسليم ليس بمشروط . وعند محمد يشترط التسليم ، وهو الاستقاء من السقاية والبئر والدفن فى المقبرة والنزول فى الخان والرباط والشرب من الحوض ويكتفى فيه بفعل الواحد لتعذّر الجنس ، ولو نصب له متول وسلمه إليه جاز لأنه نائب عن الموقوف عليهم ، وكذلك إن سلم المسجد إلى متول يقوم بمصالحه يجوز ، وإن لم يصلّ فيه هو الصحيح ، وكذا إن سلمه إلى القاضى أو نائبه ، ويستوى فى ذلك الفقراء والأغنياء عرفالحاجة الكل إلى ذلك . قال (والوقف فى المرض وصية) لأنه تبرّع فصار كسائر التبرّعات . قال (رباط استغنى عنه يصرف وقفه إلى أقرب رباط إليه) لأنه أصلح . رباط على بابه قنطرة ولا ينتفع بالرباط إلا بالعبور عليها وليس لها وقف يجوز أن تعمر بما فضل من وقف الرباط لأنها مصلحة العامة (ولو ضاق المسجد وبجنبه طريق العامة يوسع منه المسجد) لأن كليهما للمسلمين نصّ عليه محمد (ولو ضاق الطريق وسع من المسجد) عملا بالأصلح ، ويجوز القضاء بالشهادة القائمة على الوقف من غير دعوى لأنه من حقوق الله تعالى فلا تحتاج إلى مدع وهو مجتهد فيه فينفذ بالإجماع .

فصل

وقف على الفقراء وله بنت فقيرة صغيرة إن وقف فى صحته يجوز الصرف إليها وفى مرضه لا لأنه بمنزلة الهبة . اشترى القيم ثوبا وأعطى المساكين لايجوز ، لأن حقهم فى الدراهم . إذا غرس القيم فى المسجد فهو للمسجد كالبناء ، وإن غرس على نهر العامة

. . . .

فهو له ، وله أن يرفعه لأنه ليس له ولاية على العامة ؛ ولا يجوز الوقف على الأغنياء وحدهم لأنه ليس بقربة ولا يستجلب الثواب وصار كالصدقة ، ولو وقف على الأغنياء وهم يحصون ثم من بعدهم على الفقراء جاز ، ويكون كما شرط لأنه قربة فى الجملة بأن انقرض الأغنياء . ولو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على الفقراء يدخل فقراء قرابته وأولاده ، وصرف الغلة إليهم أولى من صرفها إلى الأجانب لأنه صدقة وصلة ، ثم الصرف إلى ولده أفضل لأن الصلة فى حقه أوجب وأجزل ، ثم إلى قرابته ، ثم إلى مواليه ، ثم إلى جيرانه ثم إلى أهل مصره أقربهم منزلا إلى الواقف ، هكذا ذكره هلال بن يحيى الرازى : وينبغى أن يعطى الكل فى بعض الأوقات ، لأنه إذا صرف الكل إليهم دائما وقدم العهد ربما اتخذوه ملكا لأنفسهم ، ويكره أن يعطى كل فقير مائتى درهم لأنها صدقة فأشبهت الزكاة ، ولا يكره ذلك إذا قال على فقراء قرابته لأنه كالوصية ، وإذا وقف على ولده وولد ولده يدخل فيه ولد صلبه وولد ولده الموجودين يوم الوقف وبعده ، ويشترك البطنان فى الغلة ، ولا يدخل من كان أسفل من هذين البطنين لأنه خصهما بالذكر ؛ وفى دخول أولاد البنات روايتان تذكر فى الوصايا إن شاء الله تعالى . ولو قال على ولدى وولد ولدى ؛ وأولادهم تدخل البطون كلها وإن سفلوا ، الأقرب والأبعد فيه سواء لأنه ذكر أولادهم على العموم ، ولو قال على أولادى يدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد ، ولكن يقدم البطن الأول فإذا انقرض فالثانى ، ثم من بعدهم يشترك جميع البطون فيه على السواء قريبهم وبعيدهم ، لأن المراد صلة أولاده وبرهم ، والإنسان يقصد صلة ولده لصلبه لأن خدمته إياه أكثر وهم إليه أقرب فكان عليه استحقاقه أرجح ، ثم النافلة قد يخدمون الجد فكان قصد صلتهم أكثر ، ومن عدا هذين قل ما يدرك الرجل خدمتهم فيكون قصده برهم وصلتهم لنسبتهم إليه لا لخدمتهم له ، وهم فى النسبة إليه سواء فاستووا فى غلة الاستحقاق . وقف على فقراء قرابته فمن أثبت القرابة والفقر بالبينة يستحق وإلا فلا ، والبينة على القرابة إن لم يفسروها لا تقبل الشهادة لتنوع القرابة واختلافها ، كما إذا شهدوا أنه وارث لاتقبل مالم يفسروا جهة الإرث ، والبينة على الفقر لا تسمع ما لم يقل الشهود : إنه فقير معدم لا نعلم له مالا ولا أحدا تلزمه نفقته ، لأن كل من له نفقة على غيره بغير قضاء لا حظ له فى هذا الوقف كالولد الصغير ونحوه لأنهم يأخذون النفقة فيصيرون بها أغنياء ، ومن لا يستحق النفقة إلا بقضاء كالإخوة ونحوهم له حظ فى هذا الوقف ، والقضاء بفقره فى الوقف لايكون قضاء بفقره فى حق الدين ، والقضاء لفقره فى حق الدين قضاء بفقره فى حق الوقف ، لأن من له مسكن وخادم وعروض الكفاية فقير فى حق الوقف دون الدين ، ولو قال على أقرب قرابتى فبنت

. . . .

بنت البنت أولى من الأخت لأبوين لأنها من صلبه والأخت من صلب أبيه ولايعتبر الإرث.

فصـــل

لاتجوز إجارة الوقف أكثر من المدّة التي شرطها الواقف ، لأنه يجب اعتبار شرط الواقف لأنه ملكه أخرجه بشرط معلوم ولا يخرج إلا بشرطه ، فان لم يشرط مدّة فالمتقدمون من أصحابنا قالوا : يجوز إجارته أيّ مدة كانت ، والمتأخرون قالوا : لايجوز أكثر من سنة لئلا يتخذ ملكا بطول المدة فتندرس سمة الوقفية ويتسم بسمة الملكية لكثرة الظلمة فى زماننا وتغلبهم واستحلالهم ، وقيل يجوز فى الضياع ثلاث سنين وفى غير الضياع سنة وهو المختار ، لأنه لايرغب فى الضياع أقلّ من ذلك ، ولا تجوز إجارته إلا بأجر المثل دفعا للضرر عن الفقراء ، فلو آجره ثلاث سنين بأجرة المثل ثم ازدادت لكثرة الرغبات لاتنقض الإجارة ، لأن المعتبر أجر المثل يوم العقد ، وليس للموقوف عليه إجارة الوقف إلا أن يكون وليا من جهة الواقف أو نائبا عن القاضى ، وإذا آجره القاضى أو نائبه أو الولىّ لاتنفسخ الإجارة بموته ، لأنه كالوكيل عن الموقوف عليهم ، والعقود لاتنفسخ بموت الوكيل ، ولو سكنه الموقوف عليه إن شرط الواقف السكنى له فله ذلك ، وإن شرط الغلة له ، قيل ليس له ذلك ، وقيل له لأن له أن يسكنها غيره بالإجارة فهو أولى ، والأحوط أن يؤجرها القيم من غيره ويعطيه الأجرة ، ولا يجوز إعارة الوقف وإسكانه لأن فيه إبطال حقّ الفقراء ، ولا يصحّ رهنه فان سكنه المرتهن يجب عليه أجر مثله ، وكذا لو باع المتولى منزلا موقوفا فسكنه المشترى ، ثم فسخ البيع فعلى المشترى أجر مثله والفتوى فى غصب عقار الوقف وإتلاف منافعه وجوب الضمان نظرا للوقف وهو المختار ، ولو استدان القيم للخراج والجنايات إن أمره الواقف بذلك جاز ، وإن لم يأمره فالأصحّ أنه إن لم يكن له بدّ من ذلك يرفع الأمر إلى القاضى حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع فى الغلة . قيم اشترى من غلة المسجد حانوتا للمسجد يجوز بيعه عند الحاجة لأنه من غلة الوقف وليس بوقف ، لأن صحة الوقف تعتمد الشرائط ولم توجد فيه . رجل وقف على ساكنى مدرسة كذا من طلبة العلم فسكنها متعلم لايبيت فيها جاز له ذلك إن كان يأوى فى بيت من بيوتها ، وله فيه آلة السكنى لأنه يعدّ ساكنا فيه ، ولو اشتغل بالليل بالحراسة وبالنهار يقصر فى التعليم ، فان كان مشتغلا بعمل آخر لايعدّ به من طلبة العلم لايحلّ له ذلك ، وإن لم يشتغل وهو يعدّ من طلبة العلم حلّ ؛ ولو وقف على ساكنى مدرسة كذا ولم يقل من طلبة العلم فهو والأول سواء لأن التعارف فى ذلك إنما هو طلبة العلم دون غيرهم ، ومن كان يكتب الفقه لنفسه ولا يتعلم فله الوظيفة

كتاب الهبة

وَتَصِحُّ بالإيجابِ وَالقبُولِ وَالقبْضِ ، فإنْ قبَضَهَا فى المَجْلِسِ بِغَيْرِ إذْنِهِ جازَ ، وَبَعْدَ الافْتِرَاقِ يفْتَقِرُ إلى إذْنِهِ ،

لأنه متعلم ، وإن كتب لغيره بأجرة لايحلّ له ، وإن خرج من المصر مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا لاوظيفة له لأنه لم يبق ساكنا ، وإن خرج ما دون ذلك إلى بعض القرى وأقام خمسة عشر يوما فلا وظيفة له ، فان أقام أقلّ من ذلك فإن كان لابدّ له منه كطلب القوت ونحوه فله الوظيفة ، وإن خرج للتنزّه لايحلّ له .

كتاب الهبة

وهي العطية الخالية عن تقدّم الاستحقاق ، يقال : وهبته ووهبت منه ، قال تعالى ـ يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ـ والاتّهاب : قبول الهبة ، ولهذا شرط فيها القبض ، لأن تمام الإعطاء بالدفع والتسليم ، وهو أمر مندوب وصنيع محمود محبوب ، قال عليه الصلاة والسلام « تهادوا تحابوا » وفى رواية « تهابوا » وقبولها سنة ، فانه صلى الله عليه وسلم قبل هدية العبد ، وقال فى حديث بريرة « هو لها صدقة ولنا هدية » وقال عليه الصلاة والسلام « ولو أهدى إلىّ طعام لقبلت ، ولو دعيت إلى كراع لأجبت » وإليها الإشارة بقوله تعالى ـ فان طبن لكم عن شيء منه نفسا ـ أى طابت نفوسهن بشيء من ذلك فوهبنه منكم ـ فكلوه هنيئا مريئا ـ وهى نوعان : تمليك ، وإسقاط ، وعليها الإجماع .

قال (وتصحّ بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد تمليك ولا بدّ فيه منهما . وأما القبض فلأن الملك لو ثبت بدونه للزم المتبرّع شيء لم يلتزمه وهو التسليم بخلاف الوصية ، لأنه لاإلزام للميت لعدم الأهلية ولا للوارث لعدم الملك ، ولأن الملك بالتبرّع ضعيف لايلزم ، وملك الواهب كان قويا فلا يلزم بالسبب الضعيف ، وقد روى عن جماعة من الصحابة مرفوعا وموقوفا « لاتجوز الهبة والصدقة إلا مقبوضة محوزة » والمراد الملك لأن الجواز ثابت بدونه إجماعا . قال (فان قبضها فى المجلس بغير إذنه جاز ، وبعد الافتراق يفتقر إلى إذنه) والقياس أن لايجوز فى الوجهين إلا باذنه لأنه تصرّف فى ملك الواهب لبقاء ملكه قبل القبض . وجه الاستحسان أن التمليك بالهبة تسليط على القبض وإذن له فصار الموهوب له مأذونا فى القبض ضمنا للإيجاب واقتضاء ، والإيجاب يقتصر على المجلس فكذا ما ثبت ضمنا له وكذلك الصدقة ، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض فى المجلس ، لأن الثابت ضمنا لايعارض الصريح . أو نقول النهى رجوع والقبض كالقبول وأنه يملك الرجوع

وَإِنْ كَانَتْ فِى يَدِهِ مَلَكَهَا بِمُجَرَّدِ الهِبَةِ ، وَهِبَةُ الأَبِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ تَتِمّ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ ، وَيَمْلِكُ الصَّغِيرُ الهِبَةَ بِقَبْضِ وَلِيِّهِ وَأُمِّهِ وَبِقَبْضِهِ بِنَفْسِهِ . وَتَنْعَقِدُ الهِبَةُ بِقَوْلِهِ : وَهَبْتُ وَنَحَلْتُ وَأَعْطَيْتُ وَأَطْعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ وَأَعْمَرْتُكَ ، وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا نَوَى الهِبَةَ ، وَكَسَوْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ ، وَهِبَةُ المُشَاعِ فِيمَا لَا يُقْسَمُ جَائِزَةٌ

قبل القبض . قال (وإن كانت فى يده) كالمودع والمستعير والمستأجر والغاصب (ملكها بمجرّد الهبة) لأنه إن كان قبضها أمانة فينوب عن الهبة ، وإن كان ضمانا فهو أقوى من قبض الهبة ، والأقوى ينوب عن الأدنى ، ولو وهب من رجل ثوبا فقال قبضته صار قابضا عند أبى حنيفة ، وجعل تمكنه من القبض كالتخلية فى البيع . وقال أبو يوسف : لابدّ من القبض بيده ، ولو قبض الموهوب له الهبة ولم يقل قبلت صحت الهبة . قال (وهبة الأب لابنه الصغير تتمّ بمجرّد العقد) لأنها فى يد الأب وهو الذى يقبض له فكان قبضه كقبضه ، وكل من يعوله فى هذا كالأب ، ولو وهب لابنه الكبير وهو فى عياله فلا بدّ من قبضه ، لأنه لاولاية له عليه فلا يقبض له . قال (ويملك الصغير الهبة بقبض وليه وأمه وبقبضه بنفسه) معناه : إذا وهبه أجنبىّ فالولىّ كالأب ووصيه والجد ووصيه لقيامهم مقام الأب ، وكذا إذا كان فى حجر أجنبىّ يربيه كاللقيط وقد بيناه ، والأم لها ولاية حفظه ، وهذا منه لأنه لابقاء له بدون المال فاحتاجت إلى ولاية التحصيل وهذا منه . وأما قبضه بنفسه فمعناه إذا كان عاقلا لأنه تصرّف نافع وهو من أهله ، ويجوز قبض الزوج لزوجته الصغيرة بعد ما زفت إليه ، لأن الأب فوّض أمرها إليه وذلك بعد الزفاف لاقبله حتى يملكه بحضرة الأب . قال (وتنعقد الهبة بقوله : وهبت) لأنه صريح فيه (ونحلت) لكثرة استعمالها فيه ، قال عليه الصلاة والسلام « أكلّ ولدك نحلته هكذا » (وأعطيت) صريح أيضا (وأطعمتك هذا الطعام) لأن الإطعام صريح فى الهبة إذا أضيف إلى المطعوم لأنه لايطعمه إلا بالأكل ولا أكل إلا بالملك ، ولو قال : أطعمتك هذه الأرض فهو عارية لأنها لاتطعم (وأعمرتك) هذا الشىء وجعلت هذه الدار لك عمرى ، قال عليه الصلاة والسلام « من أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده » (وحملتك على هذه الدابة إذا نوى الهبة) لأن المراد به الإركاب حقيقة ويستعمل فى الهبة ، يقال : حمل الأمير فلانا على فرس : أى وهبه فيحمل عليه عقد الهبة (وكسوتك هذا الثوب) قال تعالى - أو كسوتهم - أراد تمليكهم الكسوة ، ويقال : كساه ثوبا إذا وهبه ، ولو قال : منحتك هذه الدار أو هذه الجارية فهى عارية إلا أن ينوى الهبة ، ولو قال ذلك فيما لايمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة كالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب . قال (وهبة المشاع فيما لايقسم جائزة ،

وَفِيما يُقْسَمُ لاَيَجُوزُ (ف) ، فإنْ قَسَمَ وَسَلَّمَ جازَ كَسَهْمٍ فِى دَارٍ ، وَاللَّبَنِ فِى الضَّرْعِ ، وَالصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ ، وَالتَّمْرِ عَلَى النَّخْلِ ، وَالزَّرْعِ فِى الأَرْضِ ، وَلَوْ وَهَبَهُ دَقِيقا فِى حِنْطَةٍ ، أَوْ سَمْنا فِى لَبَنٍ ، أَوْ دُهْنا فِى سِمْسِمٍ فاسْتَخْرَجَهُ وَسَلَّمَهُ لاَيَجُوزُ ، وَلَوْ وَهَبَ اثْنانِ مِنْ وَاحِدٍ جازَ ، وَبِالْعَكْسِ لاَيَجُوزُ (سم) وَلَوْ تَصَدَّقَ عَلَى فَقِيرَيْنِ جازَ ، وَعَلَى غَنِيَّيْنِ لاَيَجُوزُ ، وَمَنْ وَهَبَ جارِيَةً إلاَّ حَمْلَها صَحَّتِ الهِبَةُ وَبَطَلَ الاِسْتِثْناءُ ،

وفيما يقسم لايجوز) لأن القبض شرط فى الهبة لما روينا وأنه غير ممكن فى المشاع ، ولو جوّزناه لكان له إجبار الواهب على القسمة ولم يلتزمه فيكون إضرارا به ، وما لايقسم الممكن فيه القبض الناقص فيكتفى به ضرورة ، ولا يلزم ضرر الإجبار على القسمة ببقاء الإجبار على المهايأة . قلنا المهايأة فى المنافع ولم يتبرّع بها ، لأن الهبة صادفت العين لاالمنافع . قال (فان قسم وسلم جاز) لأن بالقبض لم يبق شيوع وذلك (كسهم فى دار و) مثله (اللبن فى الضرع والصوف على الظهر والتمر على النخل والزرع فى الأرض) لأن اتصال هذه الأشياء كالشيوع من حيث أنه يمنع القبض ، وكذلك لو وهبه من شريكه لايجوز لعدم إمكان القبض . قال (ولو وهبه دقيقا فى حنطة ، أو سمنا فى لبن ، أو دهنا فى سمسم فاستخرجه وسلمه لايجوز) لأن الموهوب معدوم فلا يكون محلا للملك فبطل العقد فيحتاج إلى عقد جديد أما المشاع فمحل التمليك حتى جاز بيعه دون ذلك . قال (ولو وهب اثنان من واحد جاز ، وبالعكس لايجوز) أما الأوّل فلأنهما سلماها والموهوب له قبضها جملة ولا شيوع ولا ضرر . وأما الثانية فمذهب أبى حنيفة وقالا : يصحّ أيضا لأنها هبة واحدة والتمليك واحد فلا شيوع ، وصار كالرهن من اثنين ولأبى حنيفة أنه وهب من كلّ واحد منهما النصف لأنه يثبت لكل واحد منهما الملك فى النصف ، ألا ترى أنه لوكان فيما لايقسم، فقبل أحدهما صح فى النصف فكان تمليكا للنصف وأنه شائع ، وأما الرهن فالمستحقّ فيه الحبس ، ويثبت لكل واحد كملا وتمامه مرّ فى الرهن . قال (ولو تصدّق على فقيرين جاز) وكذلك لو وهب لهما (وعلى غنيين لايجوز) وقالا : تجوز فى الغنيين أيضا لما مر والفرق لأبى حنيفة أن إعطاء الفقير يراد به وجه الله تعالى فهو واحد ، وسواء كان بلفظ الصدقة أو بلفظ الهبة ، وسواء كان فقيرا واحدا أو أكثر . والإعطاء للغنىّ يراد به وجه الغنىّ وهما اثنان فكان مشاعا ، والصدقة على الغنىّ هبة لأنه ليس من أهل الصدقة . قال (ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لما تقدّم أن الاستثناء إنما يعمل فيما يعمل فيه العقد ، والهبة لاتصحّ فى الحمل فكذا الاستثناء فكان شرطا فاسدا ؛ والهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر

فصـــل

و يجُوزُ الرّجُوعُ فِيما يَهَبُهُ لِلأجْنَبِيّ (ف) وَيُكْرَهُ ، فانْ عَوّضَهُ أوْ زَادَتْ زِيادَةً مُتَّصِلَةً أوْ ماتَ أحَدُهُما أوْخَرَجَتْ عَنْ مِلْكِ المَوْهوبِ لَهُ فَلا رُجُوعَ ،

بخلاف البيع فانه يفسد بالشروط الفاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، ولو دبر الجنين ثم وهبها لم يجز ، ولو أعتقه ثم وهبها جاز ؛ والفرق أن المدبر مملوك الواهب وأنه متصل بالأم اتصال خلقة ، فمنع صحة القبض كالمشاع ، وفى الحرّ لم يبق مالكا له ، فالموهوب غير مشغول بحقه ولا متصل به فلا يمنع الصحة ؛ ولو وهبه جارية على أن يعتقها أو يستولدها ، أو على أن يدبرها ، أو دارا على أن يردّ عليه شيئا منها أو يعوّضه عنها شيئا فالهبة جائزة والشرط باطل ، لأنها شروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة ، وأنها لاتبطل الهبة لما مرّ

فصـــل

المعانى المانعة من الرجوع فى الهبة : المحرمية من القرابة ، والزوجية ، والمعاوضة ، وخروجها من ملك الموهوب له ، وحدوث الزيادة أو التغيير فى عينها ، وموت الواهب أو الموهوب له على ما نبينه إن شاء الله تعالى . قال (ويجوزالرجوع فيما يهبه للأجنبىّ) لقوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحقّ بهبته ما لم يثب منها » أى ما لم يعوّض عنها (ويكره) ذلك لأنه من باب الخساسة والدناءة . وقال عليه الصلاة والسلام « العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه » شبهه له لخساسة الفعل ودناءة الفاعل ، وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام « لايحلّ للواهب أن يرجع فى هبته إلا الوالد فيما يهب لولده » أى لايحلّ له الرجوع من غير قضاء ولا رضى إلا الوالد فانه يحلّ له ذلك عند الحاجة ، فهذا الحمل أولى جمعا بين الحديثين . قال (فان عوّضه أو زادت زيادة متصلة) فى نفسها (أو مات أحدهما ، أو خرجت عن ملك الموهوب له فلا رجوع) أما إذا عوّضه فلما روينا من الحديث، ولأن المقصود من الهبة التعويض عادة وقد حصل . وأما الزيادة كالسمن والكبر والبناء والغرس والصبغ والخياطة فلأنه لايمكن الرجوع بدون الزيادة ، ولا سبيل إلى الرجوع مع الزيادة لأن العقد ما ورد عليها . وأما موت الواهب فلا سبيل للوارث عليها إذ هوأجنبى من العقد . وأماموت الموهوب له فللانتقال إلى ورثته والتمليك لم يوجد منه وصار كما إذا انتقل منه حال حياته وأما إذا خرجت من ملك الموهوب له فلأنه إنما أخرجها بتسليطه فلا يملك نقضه كالوكيل، ونقصان الموهوب لايمنع الرجوع ،أن انتقصت قيمته أو انهدم البناء أو ولدت الجارية ،

وَلا رُجُوعَ فِيما يَهَبُهُ لِذِى رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْزَوْجَةٍ أَوْ زَوْجٍ ؛ وَلَوْ قالَ الْمَوْهُوبُ لَهُ خُذْ هٰذا بَدَلاً عَنْ هِبَتِكَ أَوْ عِوَضَها أَوْ مُقابِلَها أَوْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ مُتَبَرِّعا فَقَبَضَهُ سَقَطَ الرُّجُوعُ ، وَلَوِ اسْتُحِقَّ نِصْفُ الهِبَةِ رَجَعَ

بِنِصْفِ العِوَضِ ، وَإِنِ اسْتُحِقَّ بَعْضُ العِوَضِ لايَرْجِعُ بِشَىْءٍ مِنْهُ (ز) ، إلا أنه لايرجع فيها حتى يستغنى عنها ولدها ؛ ولو وهبه عبدا فشب فازدادت قيمته ثم شاخ فنقصت لايرجع فيه لأنه ازداد فى بدنه وطال فى جثته ثم انتقص بوجه آخر وهو شيخوخته فلا يرجع . قال (ولا رجوع فيما يهبه لذى رحم محرم منه أو زوجة أو زوج) لأن المقصود صلة الرحم وزيادة الألفة بين الزوجين ، وفى الرجوع قطيعة الرحم والألفة ، لأنها تورث الوحشة والنفرة فلا يجوز صيانة للرحم عن القطيعة وإبقاء للزوجية على الألفة وا لمودّة وفى الحديث « إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها » وسواء كان أحد الزوجين مسلما أوكافرا لشمول المعنى ، ولو وهبها ثم أبانها لم يرجع ؛ ولو وهب أجنبية ثم تزوّجها له الرجوع ، والمعتبر المقصود وقت العقد ؛ وإن وهب لأخيه وهو عبد له الرجوع ؛ وكذلك إن وهب لعبد أخيه عند أبى حنيفة ، وقالا : لارجوع له لأن الملك وقع للمولى فكان هبة للأخ ، وله أن الهبة وقعت للعبد حتى اعتبر قبوله وردّه والملك يقع له ، ثم ينتقل إلى مولاه عند الفراغ من حاجته حتى لوكان مديونا لاينتقل إلى مولاه ولا صلة بينه وبين العبد . قال (ولو قال الموهوب له : خذ هذا بدلا عن هبتك أو عوضها أو مقابلها أو عوّضه أجنبىّ متبرّعا فقبضه سقط الرجوع) لأن هذه الألفاظ فى معنى المعاوضة ، وكذلك لو قال : خذ هذا مكان هبتك ، أو ثوابا منها ، أوكافأتك به ، أو جازيتك عليه ، أو أثبتك ، أو نحلتك هذا عن هبتك ، أو تصدّقت به عليك بدلا عن هبتك فهذا كله عوض وحكمه حكم الهبة ، يصحّ بما تصحّ به الهبة ، ويبطل بما تبطل به ، ويتوقف الملك فيه على القبض ولا يكون فى معنى المعاوضة أصلا ؛ وإن لم يضف العوض إلى الهبة بأن أعطاه شيئا ولم يقل عوضا عن هبتك لايكون عوضا ولكلّ واحد منهما الرجوع ، فان عوّضه عن جميع الهبة بطل الرجوع فى الجميع قلّ العوض أوكثر ، وإن عوّضه عن نصفها فله الرجوع فيما بقى لأن المانع التعويض فيتقدّر بقدره . قال (ولو استحقّ نصف الهبة رجع بنصف العوض) لأنه ما عوّضه بهذا العوض إلا ليسلم له جميع الموهوب ولم يسلم إلا نصفه فيرجع بنصف ما عوّضه (وإن استحقّ بعض العوض لايرجع بشىء منه) وقال زفر : يرجع بحصته من الموهوب اعتبارا بالعوض الآخر . ولنا أنه لما استحقّ بعضه ظهر أنه ما عوّضه إلا بالباقى وهو يصلح عوضا عن الكل ، فلا يرجع إلا أن يردّ الباقى ثم يرجع ، لأنه ما أسقط حقه فى الرجوع بقبول العوض إلا ليسلم له جميع العوض ولم يسلم فله ردّه ، وإذا ردّه بطل

وَإِنِ اسْتُحِقَّ جَمِيعُ العِوَضِ رَجَعَ بِالهِبَةِ ؛ وَالهِبَةُ بِشَرْطِ العِوَضِ يُرَاعَى فِيهَا حُكْمُ الهِبَةِ قَبْلَ القَبْضِ وَالبَيْعِ بَعْدَهُ ؛ وَلا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلاَّ بِتَرَاضِيهِمَا أَوْ بِحُكْمِ الحَاكِمِ ، وَإِنْ هَلَكَتْ فِى يَدِهِ بَعْدَ الحُكْمِ لَمْ يَضْمَنْ .

فصـــل

العُمْرَى جَائِزَةٌ لِلْمُعْمَرِ حالَ حَيَاتِهِ ، وَلِوَرَثَتِهِ بَعْدَ مَمَاتِهِ ، وَهِيَ أَنْ يَجْعَلَ دَارَهُ لَهُ عُمْرَهُ ، فإذَا ماتَ تُرَدُّ عَلَيْهِ . وَالرُّقْبَى باطِلَةٌ (س) ، وَهِيَ أَنْ تَقُولَ : إِنْ مِتُّ فَهِيَ لى ، وَإِنْ مِتُّ فَهِيَ لَكَ .

التعويض فعاد حقّ الرجوع . قال (وإن استحقّ جميع العوض رجع بالهبة) لما بينا . قال (والهبة بشرط العوض يراعى فيها حكم الهبة قبل القبض) فلا يصحّ فى المشاع (و) حكم (البيع بعده) رعاية للفظ والمعنى . وصورته : أن يهبه عبدا على أن يعوّضه عنه ثوبا ، فلكل واحد منهما الامتناع مالم يتقابضا كما فى الهبة ، فاذا تقابضا صار بمنزلة البيع يردّان بالعيب وتجب الشفعة ، وإن استحقّ ما فى يد أحدهما رجع بعوضه إن كان قائما ، وبقيمته إن كان هالكا . قال (ولا يصحّ الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه فصل مجتهد فيه مختلف بين العلماء فله الامتناع ، وولاية الإلزام للقاضى ، وإن تراضيا فقد أبطل حقه فيجوز (وإن هلكت فى يده بعد الحكم) بالردّ (لم يضمن) لأنه أمانة فى يده حيث قبضه لاعلى وجه الضمان .

فصـــل

(العمرى جائزة للمعمر حال حياته ولورثته) من (بعد مماته) ويبطل الشرط (وهى أن يجعل داره له عمره ، فاذا مات تردّ عليه) لما تقدّم من الحديث ، ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر ، ولو قال : دارى لك عمرى سكنى أو نحلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة أو هبة سكنى أو سكنى هبة فهى عارية ؛ لأن ذكر المنفعة وهى السكنى حقيقة فى العارية ، لأن العارية تمليك المنفعة وتحتمل الهبة والحمل على الحقيقة أولى؛ ولوقال : هبة تسكنها فهى هبة ، لأن قوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود وليس بتفسير ، بخلاف قوله سكنى . قال (والرقبى باطلة ، وهى أن تقول) دارى لك رقبى ، ومعناه (إن متّ فهى لى ، وإن متّ فهى لك) كأن كل واحد منهما يرقب موت الآخر لما روى شريح « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وردّ الرقبى » ومراده الرقبى من الترقب (١) ، أما من الإرقاب ومعناه رقبة دارى

---

(١) وهو الانتظار :

وَالصَّدَقَةُ كالهبَةِ إلاَّ أنَّهُ لارُجُوعَ فِيها ؛ وَمَنْ نَذَرَ أنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ فَهُوَ عَلَى جِنْسِ مالِ الزَّكاةِ (ز) ، وَبِمِلْكِهِ عَلَى الجَمِيعِ ، وَيُمْسِكُ ما يُنْفِقُهُ حَتَّى يَكْتَسِبَ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِمِثْلِ ما أمْسَكَ .

لك فانه يجوز ، وهو محمل حديث جابر « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبى » إلا أنه محتمل ، ولا تثبت الهبة بالشكّ فتكون عارية . وقال أبو يوسف : الرقبى جائزة لحديث جابر ، ولأن قوله : دارى لك تمليك ، وقوله رقبى شرط فاسد لايبطل الهبة . ولهما حديث شريح ، ولأنه تعليق الملك بالخطر فلا يصحّ ، وإذا لم يصحّ يكون عارية عندهما ، لأنه يقتضى إطلاق الانتفاع به ، ولو قال : جميع مالى أو كلّ شىء أملكه أو جميع ما أملكه لفلان فهو هبة ، لأن ملكه لايصير لغيره إلا بتمليكه ؛ ولو قال : جميع ما يعرف بى أو ينسب إلىّ لفلان فهو إقرار لجواز أن يكون للمقرّ له ، وهو فى يد المقرّ يعرف به وينسب إليه . قال (والصدقة كالهبة) فى جميع أحكامها لأنه تبرّع (إلا أنه لارجوع فيها) لأن المقصود منها الثواب وقد حصل ، وكذا الهبة للفقير لأن المقصود الثواب ، وكذا لو تصدّق على غنىّ لأنه قد يطلب منه الثواب بأن يعينه على النفقة لكثرة عياله ، ويؤيد ذلك أنه عبر بالصدقة عنها . قال (ومن نذر أن يتصدّق بمالهفهو على جنس مال الزكاة) لأن إيجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ، وإيجاب الله تعالى الصدقة المضافة إلى المال يتناول أموال الزكاة ، قال الله تعالى ـ خذ من أموالهم صدقة تطهرهم ـ الآية ، فكذا إيجاب العبد ، فيتصدّق بالذهب والفضة وعروض التجارة والسوائم والغلة والثمرة العشرية والأرض العشرية ، خلافا لمحمد لأن الغالب فى العشر معنى العبادة حتى لاتجب على الكافر فكانت فى معنى الزكاة ، ولا يتصدّق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست أموال الزكاة . وقال زفر : يتناول جميع ماله وهو القياس عملا بعموم اللفظ ، وجوابه مامرّ ؛ ولو نذر أن يتصدّق بملكه فهو على الجميع ، وذكر الحاكم الشهيد أنه والأوّل سواء فى الاستحسان ، لأن ذكر المال والملك سواء ، وكذلك ذكر النسفى عنهما . قال : وأبو يوسف فرّق بينهما وقال : لفظة الملك أعمّ عرفا ، والأوّل أصحّ ، لأن الشرع إنما أضاف الصدقة إلى المال لا إلى الملك وذلك موجب تخصيص المال فبقى الملك على عمومه ، وإن لم يكن سوى مال الزكاة لزمه التصدّق بالكل بالإجماع (ويمسك ما ينفقه حتى يكتسب ثم يتصدّق بمثل ما أمسك) لأنه لو تصدّق بالجميع احتاج أن يسأل أو يموت جوعا وأنه ضرر فاحش ، فيمسك قدر حاجته دفعا للضرر عنه ، ولم نقدره بشىء لأن الناس يختلفون فى ذلك باختلاف أحوالهم فى النفقات فالحاصل أنه يمسك مقدار كفايته فى نفقته إلى أن يقدر على أداء مثله ؛ ولو قال : دارى فى المساكين صدقة فعليه أن يتصدق بها ، وإن تصدق بقيمتها أجزأه ، ولوقال لآخر : كل

كتاب العارية

وَهِيَ هِبَةُ المَنَافِعِ ، وَلا تَكُونُ إلاَّ فِيما يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقاءِ عَيْنِهِ .

ما يصل إلىّ من مالك فعلى أن أتصدّق به فوهبه شيئا فعليه أن يتصدّق به ، ولو أذن له أن يأكل من طعامه لايتصدّق به ، لأن الإباحة لايملكه إلا بالأكل ، وبعد الأكل لايمكن التصدّق به .

كتاب العارية

وهي مشتقة من التعاور : وهو التداول والتناوب ، يقال : تعاونا الكلام بيننا : أى تداولناه ؛ وسمى العقد به لأنهم يتداولون العين ويتدافعونها من يد إلى يد ، أو من العرية وهي العطية ، إلا أن العرية اختصت بالأعيان ، والعارية بالمنافع ، وسميت به لتعريه عن العوض ، وهى عقد مستحبّ شرعا ، مندوب إليه ، لما فيه من قضاء حاجة المسلم ؛ وقد ندب الشرع إليه قال تعالى « وتعاونوا على البرّ والتقوى » وقال عليه الصلاة والسلام « لايزال الله فى عون المسلم ما دام فى عون أخيه » وذمّ تعالى على منعه فقال « ويمنعون الماعون » أى العوارى من القدر والفأس ونحوه ؛ وقال عليه الصلاة والسلام « العارية مردودة » واستعار صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان ؛ ولأن التمليك نوعان : بعوض ، وغير عوض ؛ والأعيان قابلة للنوعين بالبيع والهبة ، فكذا المنافع بالإجارة والإعارة .

قال (وهى هبة المنافع) وقال الكرخي : إباحة المنافع حتى لايملك المستعير إجارة ما استعار ولو ملك المنافع لملك إجارتها ، والأوّل الصحيح لأن المستعير له أن يعير ، ولو كانت إباحة لما ملك ذلك ، كمن أبيح له الطعام ليس له أن يبيحه لغيره ، ولأن العارية مشتقة من العرية وهى العطية ، وإنما لم تجز الإجارة لأنها تمليك موقت ينقطع حقه عنها إلى انتهاء المدة ، والعارية تمليك على وجه لاينقطع عنها متى شاء ، فلو جازت الإجارة يلزم المعير من الضرر ما لم يلتزمه ولا رضى به فلا يجوز ، أو نقول الإجارة أقوى وألزم من الإعارة والشيء لايستتبع ماهو أقوى منه . قال (ولاتكون إلا فيما ينتفع به مع بقاء عينه) .

اعلم أن الإعارة نوعان : حقيقة ، ومجاز . فالحقيقة إعارة الأعيان التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والعبد والدار والدابة . والمجاز إعارة ما لايمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب ، فيكون إعارة صورة قرضا معنى ، لأنه رضى باستهلاكه ببدل ، فكان تمليكا ببدل وهو القرض ؛ ولو استعار دراهم ليعاير بها ميزانه أو يزين بها حانوته ليس له أن يتعدّى ما سمى من المنفعة ، ولا يكون

وَهِيَ أَمَانَةٌ ، وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ أَعَرْتُكَ وَأَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الأَرْضَ ، وَأَخْدَمْتُكَ هَذَا العَبْدَ ، وَمَنَحْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ ، وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ يُرِدْ بِهِمَا الهِبَةَ ، وَدَارِي لَكَ سُكْنَى أَوْ سُكْنَى عُمْرِي ؛ وَلِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَهَا إِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ بِاخْتِلَافِ المُسْتَعْمِلِينَ ، وَلَيْسَ لَهُ إِجَارَتُهَا ؛ فَإِنْ آجَرَهَا فَهَلَكَتْ ضَمِنَ ،

قرضا كاستعارة الحلىّ . قال (وهى أمانة) لايضمنها من غير تعدّ . قال عليه الصلاة والسلام « ليس على المستعير غير المغل ضمان » ولأنه قبضه من يد المالك لاعلى وجه الضمان ، لأن اللفظ يقتضى تمليك المنافع بغير عوض لغة وشرعا لما بينا فلم يكن متعديا ، وتأويل ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام استعار دروعا من صفوان ، فقال : أغصبا تأخذها يا محمد ؟ فقال : لا بل عارية مؤدّاة مضمونة » أى واجبة الردّ مضمونة بمئونة الردّ توفيقا بين الحديثين بالقدر الممكن . قال (وتصحّ بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) للاستعمال فيه (وأخدمتك هذا العبد) لأن منفعة العبد خدمته ، وقد أذن له فى استخدامه) ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد بهما الهبة) لما مرّ فى الهبة (ودارى لك سكنى) لأن معناه سكناها لك (أو سكنى عمرى) أى سكناها لك عمرك . قال (وللمستعير أن يعيرها إن لم يختلف باختلاف المستعملين ، وليس له إجارتها) لأنه ملك المنافع فيملكها غيره كالموصى له بالخدمة ، بخلاف الإجارة على ما مرّ .

ثم العارية على أربعة أوجه : أحدها أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع كمن استعار دابة أو ثوبا ولم يبين وقتا معلوما ولا عين من يستعمله فله أن يستعمله فى أىّ وقت شاء فى أىّ منفعة شاء ، ويركب ويلبس غيره عملا بالإطلاق ، فلو ركب هو أو لبس ليس له أن يركب غيره ولا يلبسه ، وكذا لو ركب غيره لايركب هو على ما بيناه فى الإجارة . والثانى أن تكون مقيدة فيهما بأن استعاره يوما ليستعمله بنفسه ، فليس له أن يركب غيره ولا يلبسه غيره لاختلاف ذلك باختلاف المستعملين ، وله أن يعيرها للحمل لأنه لايتفاوت ، وكذا له أن يعير العبد والدار لعدم التفاوت . والثالث إذا كانت مطلقة فى الوقت مقيدة فى الانتفاع بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فله أن يحمل الحنطة متى شاء . والرابع إذا كانت مقيدة فى الوقت مطلقة فى الانتفاع بأن استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يحمل ما شاء فى اليوم ، فان أمسكها بعد الوقت ضمن إن انتفع بها فى اليوم الثانى ، وقيل يضمن بمجرّد الإمساك لأنه أمسك مال الغير بغير إذنه وهو الصحيح ؛ وإن اختلفا فى الوقت والمكان وما يحمل عليها فالقول قول المعير مع يمينه لأن الإذن منه يستفاد فيثبت بقدر ما أقرّ به وما زاد فالمستعير مستعمل فيما لم يؤذن له فيضمن . قال (فان آجرها فهلكت ضمن)

وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يُضَمِّنَ الْمُسْتَعِيرَ ، وَلا يَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَيَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، فَإِنْ قَيَّدَهَا بِوَقْتٍ أَوْ مَنْفَعَةٍ أَوْ مَكَانٍ ضَمِنَ بِالْمُخَالَفَةِ إِلاَّ إِلَى خَيْرٍ ؛ وَعِنْدَ الإِطْلاقِ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ مَنْفَعَتِهَا مَا شَاءَ مَا لَمْ يُطَالِبْهُ بِالرَّدِّ ، وَلَوْ أَعَارَ أَرْضَهُ لِلْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيُكَلِّفَهُ قَلْعَهُمَا ، وَإِنْ وَقَّتَ وَأَخَذَهَا قَبْلَ الْوَقْتِ كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ ، وَيَضْمَنُ لِلْمُسْتَعِيرِ قِيمَتَهُ وَيَمْلِكُهُ ، وَلِلْمُسْتَعِيرِ قَلْعُهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ فِيهِ ضَرَرٌ كَثِيرٌ بِالأَرْضِ ، فَإِنْ قَلَعَهُمَا فَلا ضَمَانَ ، فَإِنْ أَعَارَهَا لِلزِّرَاعَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا قَبْلَ حَصْدِهِ وَإِنْ لَمْ يُوَقِّتْ .

لأنه متعدّ حيث تصرّف فى ملك الغير بغير أمره فكان غاصبا (وللمعير أن يضمن المستعير) لما بينا (ولا يرجع على المستأجر) لأنه تبين أنه آجره ملكه ، وله أن يضمن المستأجر لأنه قبض ماله بغير أمره (ويرجع على المستعير) إذا لم يعلم أنه عارية دفعا لضرر الغرور عنه بخلاف ما إذا علم قال (فان قيدها بوقت أو منفعة أو مكان ضمن بالمخالفة إلا إلى خير) وقد بيناه بتمامه فى الإجارة (وعند الإطلاق له أن ينتفع بها فى جميع أنواع منفعتها ما شاء ما لم يطالبه بالردّ) عملا بالإطلاق . قال (ولو أعار أرضه للبناء والغرس فله أن يرجع) لأنه عقد غير لازم ، وهذا لأن المنافع توجد شيئا فشيئا وتملك كذلك ، فما لم يوجد بعد لم يقبض فله الرجوع فيه . وقال عليه الصلاة والسلام « العارية مردودة » . قال (ويكلفه قلعهما) لأنه لما صحّ الرجوع بقى المستعير شاغلا ملك المعير فعليه تفريغها ، فان لم يكن وقت فلا شىء عليه ، لأن ما أصاب المستعير إنما أصابه بفعل نفسه (وإن وقت وأخذها قبل الوقت كره له ذلك) لأنه أخلف وعده (ويضمن للمستعير قيمته ويملكه) نظرا للجانبين . وقال زفر : لاضمان عليه لأنه لما علم أن له ولاية الأخذ فقد رضى بذلك . ولنا أنه غرّه بالتأقيت ، إذ الظاهر الوفاء بالوعد فيرجع إليه إذا أخلف ، لأن ما أصابه إنما أصابه من جهته بخلاف غير المؤقت (وللمستعير قلعه) لأنه ملكه إلا أن يكون فيه ضرر كثير بالأرض (فيخير المعير ، لأن الأصل له وهو راجح على التبع) فان قلعهما فلا ضمان عليه وقيل إذا كلفه المعير قلعهما قلعهما ، ويضمن المعير ما نقصا بالقلع ، لأنه خدعه حيث ضمن له الوفاء إلى آخر الوقت الذى وقته ولم يف له . قال (فان أعارها للزراعة فليس له أخذها قبل حصده وإن لم يوقت) فتبقى بالأجرة ، لأن فيه مراعاة الجانبين ودفع الضرر عن المستعير ومراعاة حقّ المعير ، لأن بقاءه مدة قليلة بخلاف الغرس والبناء لأنه لانهاية لهما فيقلع دفعا لضرر المعير . دخل الحمام واستعمل قصاع الحمامى فانكسرت ، أو أخذ كوز الفقاع ليشرب فانكسر ، أو دخل منزل رجل باذنه فأخذ منه إناء بغير إذنه لينظر إليه أو ليشرب

وأُجْرَةُ رَدِّ العارِيَةِ عَلى المُسْتَعِيرِ والمُسْتأجِرِ عَلى الآجِرِ ؛ وَإِذَا رَدَّ الدَّابَّةَ إلى اصْطَبْلِ مالِكِها بَرِئَ ؛ وكَذَا رَدُّ الثَّوْبِ إلى دَارِهِ وَمَعَ مَنْ فى عِيالِهِ أَوْ عَبْدِهِ أَوْ أجِيرِهِ الخاصِّ بَرِئَ .

كتاب الغصب

وهُوَ أخْذُ مالٍ مُتَقَوِّمٍ مُحْتَرَمٍ مَمْلُوكٍ لِلْغَيْرِ بِطَرِيقِ التَّعَدِّى ،

فوقع من يده فانكسر فلا ضمان عليه لأنه مأذون فى ذلك دلالة . استعار كتابا ليقرأ فيه فوجد فيه خطأ ، إن علم أن صاحبه لايكره إصلاحه أصلحه وإلا فلا ، والظاهر أنه لايكره فلا بأس به . قال (وأجرة ردّ العارية على المستعير) لأن قبضه لمنفعته فوجب الردّ عليه ، والأجرة مئونة الردّ (و) أجرة ردّ (المستأجر على الآجر) لأن منفعة القبض حصلت له وهى الأجرة فلا يكون الردّ واجبا على المستأجر فلا يلزمه الأجرة . قال (وإذا ردّ الدّابة إلى اصطبل مالكها برئ) استحسانا ، والقياس أنه لايبرأ لعدم الردّ إلى المالك. وجه الاستحسان أن العادة جرت بالردّ إلى الاصطبل ، فانه لو سلمها إليه ردّها إلى الاصطبل ، والمعتاد كالمنصوص عليه ؛ ولو كان عبدا وردّه إلى دار مالكه فكذلك (وكذا ردّ الثوب إلى داره) لما بينا (و) لو ردّ العارية (مع من فى عياله أو عبده أو أجيره الخاصّ برئ) لأنها أمانة فصارت كالوديعة ؛ وكذا لو ردّها إلى عبد المعير أو من فى عياله برئ لأن المالك يحفظها بهؤلاء عادة ؛ وقيل المراد بالعبد : الذى يقوم عليها . وذكر فى المنتقى لو كانت العارية شيئا نفيسا كالجوهر ونحوه لايبرأ بالردّ إلى هؤلاء ، لأنه لم تجرَ العادة بطرحه فى الدار وتسليمه إلى غلمانه ؛ والمستأجر فى ردّ العين المستأجرة كالمستعير ؛ وفى الغصب لايبرأ فى الجميع إلا بالردّ إلى مالكه ، لأن ضمان الغصب واجب فلا يسقط إلا بالردّ إلى المالك أو نائبه حقيقة ، بخلاف العارية لأنها غير مضمونة .

كتاب الغصب

(وهو) فى اللغة : أخذ الشيء ظلما ، يقال : غصبته منه وغصبته عليه بمعنى ، قال تعالى ـ يأخذ كل سفينة غصبا ـ أى ظلما ، ويستعمل فى كل شيء ، يقال : غصبت ولده وزوجته . وفى الشرع (أخذ مال متقوّم محترم مملوك للغير بطريق التعدّى) واشترط أبو حنيفة وأبويوسف كون المغصوب قابلا للنقل والتحويل على وجه يتضمن تفويت يد المالك ، ولم يشترط ذلك محمد ، ويظهر فى غصب العقار على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، فلو استخدم مملوك غيره بغير أمره ، أو أرسله فى حاجته ، أو ركب دابته أو حمل عليها

وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا فَعَلَيْهِ رَدُّهُ فى مَكانِ غَصْبِهِ ، فانْ هَلَكَ وَهُوَ مِثْلِيٌّ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ غَصْبِهِ ، وَإِنْ نَقَصَ ضَمِنَ النُّقْصَانَ ، وَإِذَا انْقَطَعَ تَجِبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ القَضَاءِ (سم) ،

أو ساقها فهلكت كان غاصبا لأنه أثبت اليد المبطلة المفوتة ؛ ولو جلس على بساط الغير أو هبت الريح بثوب إنسان فألقته فى حجره لايكون غا صبا ما لم ينقله أو يمسكه ، وهو تصرّف منهى عنه حرام لكونه تصرّفا فى مال الغير بغير رضاه ، قال الله تعالى ـ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ـ ولأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه . قال عليه الصلاة والسلام « كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله » وقال عليه الصلاة و السلام « لايحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » وعلى حرمته بالإجماع وهو من المحرّمات عقلا ، لأن الظلم حرام عقلا على ما عرف فى الأصول . والغصب على ضربين أحدهما لايتعلق به إثم وهو ما وقع عن جهل كمن أتلف مال الغير وهو يظنّ أنه ملكه ، أو ملكه ممن هو فى يده وتصرّف فيه واستهلكه ثم ظهر أنه لغير ذلك فلا إثم عليه . قال عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » الحديث معناه الإثم . والثانى يتعلق به الإثم وهو ما يأخذه على وجه التعدّى فانه يأثم بأخذه وإمساكه . قال (ومن غصب شيئا فعليه ردّه فى مكان غصبه) لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى تردّ » وقال عليه الصلاة والسلام « لايأخذ أحدكم متاع أخيه لاجادّا ولاعبا ، فاذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردّها عليه » ولأنه يجب عليه رفع الظلم وذلك بما ذكرنا ويردّه فى مكان غصبه ، لأن القيمة تتفاوت بتفاوت الأماكن والأعدل ما ذكرنا . قال (فان هلك وهو مثلى فعليه مثله) قال تعالى ـ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ـ ولأن المثل أعدل لوجود المالية والجنس (وإن لم يكن مثليا) كالحيوان والعددى المتفاوت والمزروع (فعليه قيمته يوم غصبه) لأن القيمة تقوم مقام العين من حيث المالية عند تعذّر المماثلة دفعا للظلم وإيصالا للحقّ إلى مستحقه بقدر الإمكان ، وسواء عجز عن ردّه بفعله أو فعل غيره أو بآفة سماوية لأنه بالغصب صار متعدّيا ووجب عليه الردّ وقد امتنع فيجب الضمان وتجب القيمة يوم الغصب لأنه السبب وبه يدخل فى ضمانه (وإن نقص ضمن النقصان) اعتبارا للجزء بالكل (و) أما المثلى (إذا انقطع تجب قيمته يوم القضاء) عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يوم الغصب . وقال محمد يوم الانقطاع لأن الواجب المثل وينتقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يومئذ . ولأبى يوسف أنه لما انقطع التحق بذوات القيم فتعتبر قيمته إذ هو السبب الموجب . ولأبى حنيفة أن الانتقال بقضاء القاضى لابالانقطاع حتى لو لم يتخاصما حتى عاد المثل وجب ، فاذا قضى القاضى تعتبر القيمة عنده ، بخلاف ذوات

وَإِنِ ادَّعَى الهَلَاكَ حَبَسَهُ الحَاكِمُ مُدَّةً يَعْلَمُ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً أَظْهَرَهَا ثُمَّ يَقْضِي عَلَيْهِ بِبَدَلِهَا ، وَالقَوْلُ فِى القِيمَةِ قَوْلُ الغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِذَا قُضِيَ عَلَيْهِ بِالقِيمَةِ مَلَكَهُ مُسْتَنِدًا إِلَى وَقْتِ الغَصْبِ ، وَتَسْلَمُ لَهُ الأَكْسَابُ وَلَا تَسْلَمُ لَهُ الأَوْلَادُ ، فَإِذَا ظَهَرَتِ العَيْنُ وَقِيمَتُهَا أَكْثَرُ وَقَدْ ضَمِنَهَا بِنُكُولِهِ أَوْ بِالبَيِّنَةِ ، أَوْ بِقَوْلِ المَالِكِ سَلِمَتْ لِلْغَاصِبِ ، وَإِنْ ضَمِنَهَا بِيَمِينِهِ فَالمَالِكُ إِنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ العَيْنَ وَرَدَّ العِوَضَ ، وَيَضْمَنُ مَا نَقَصَ العَقَارُ بِفِعْلِهِ وَلَا يَضْمَنُهُ لَوْ هَلَكَ (م) ،

القيم لأنه مطالب بها من وقت وجود السبب وهو الغصب فتعتبر قيمته عند السبب . قال (وإن ادّعى الهلاك حبسه الحاكم مدة يعلم أنها لو كانت باقية أظهرها ثم يقضى عليه ببدلها) لأن الظاهر بقاؤها وقد ادّعى خلافه ، ونظيره إذا طولب بثمن المبيع فادّعى الإفلاس وقد مرّ فى الحجر ، فاذا حبس المدّة المذكورة قضى عليه بالبدل لما مرّ . قال (والقول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه) لأنه ينكر الزيادة ، وإن أقام المالك البينة على الزيادة قضى بها لأنها حجة ملزمة . قال (فاذا قضى عليه بالقيمة ملكه مستندا إلى وقت الغصب) لأنه قابل للنقل من ملك إلى ملك ، وقد ملك المالك بدله فيملك الغاصب المبدل لئلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد دفعا للضرر عنه (وتسلم له الأكساب) للتبعية (ولا تسلم له الأولاد) لأن تبعيتهم فوق تبعية الأكساب . ألا يرى أن ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب ، ولا تكون أكسابهما مدبرا ومكاتبا . قال (فاذا ظهرت العين وقيمتها أكثر وقد ضمنها بنكوله أو بالبينة أو بقول المالك سلمت للغاصب) لأنه ملكها برضى المالك حيث ادّعى هذا القدر (وإن ضمنها بيمينه فالمالك إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين وردّ العوض) لأنه مارضى به وإنما أخذه لعجزه عن الوصول إلى كمال حقه كالمكره ، وكذا لو ظهر وقيمته مثل ما ضمن أو أقلّ ، لأنه لم يرض حيث لم يعطه ما ادّعاه فيثبت له الخيار . قال (ويضمن ما نقص العقار بفعله ولا يضمنه لو هلك) وقال محمد : يضمن العقار بالغصب . وصورته : أن من سكن دارا غيره أو زرع أرض غيره بغير إذنه ثم خربت الدار أو غرق العقار ، لمحمد أنه تحققت اليد العادية ، ويلزم من ذلك زوال يد المالك لأن اجتماع اليدين فى محلّ واحد فى زمان واحد محال فتحقق الغصب ، ولأن كلّ حكم يتعلق بالنقل فيما ينقل يتعلق بالتخلية فيما لاينقل كدخول المبيع فى ضمان المشترى . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « من غصب شبرا من أرض طوّقه الله تعالى من سبع أرضين » والنبىّ صلى الله عليه وسلم ذكر الجزاء فى غصب العقار ولم يذكر الضمان ، ولووجب لذكره ، ولأن هذا تصرّف فى المالك لأن العقار لم يزل عن مكانه الذى كانت يد المالك ثابتة عليه ،والتصرّف

فإنْ نَقَصَ بالزِّرَاعَةِ يَضْمَنُ النُّقْصَانَ ، وَيَأْخُذُ رأسَ مالِهِ وَيَتَصَدَّقُ بالفَضْلِ ، وكَذَا المُودَعُ وَالمُسْتَعِيرُ إذَا تَصَرَّفَا وَرَبِحَا تَصَدَّقَا بالفَضْلِ (س) ،

فى المالك لايوجب الضمان كما لو منعه عن حفظ ماله حتى هلك، ولأن مالا يجب القطع بسرقته لا يتعلق به ضمان الغصب كالحرّ . وأما إذا هدم البناء وحفر الأرض فيضمن لأنه وجد منه النقل والتحويل وأنه إتلاف ، ويضمن بالإتلاف مالا يضمن بالغصب كالحرّ ، وما انهدم بسكناه فقد تلف بفعله ؛ والعقار يضمن بالاتلاف وإن لم يضمن بالغصب ولأنه تصرف فى العين (فان نقص بالزراعة يضمن النقصان) لما مرّ (ويأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل) معناه يأخذ من الزرع ما أخرج عليه من البذر وغيره ويتصدق بالفضل (وكذا المودع والمستعير إذا تصرفا وربحا تصدّقا بالفضل) وقال أبو يوسف: يطيب له الفضل لأنه حصل فى ضمانه لملكه الأصل ظاهرا ، فان المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا على ما تقدم ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرّف فى ملك الغير ، والفرع يحصل على صفة الأصل ، والملك الخبيث سبيله التصدق به ، ولو صرفه فى حاجة نفسه جاز ، ثم إن كان غنيا تصدّق بمثله ، وإن كان فقيرا لايتصدق ؛ ولولقى المالك الغاصب فى غير بلد الغصب فطالبه بالمغصوب فان كان دراهم أو دنانير دفعها إليه لأنها ثمن فى جميع البلاد ، وإن كانت عينا وهى قائمة فى يده أمر بتسليمها إليه إن كانت قيمتها فى الموضعين سواء لأنه لاضرر فيه على المالك ، وإن كانت قيمته أقل من بلد الغصب فان شاء أخذه ، وإن شاء طالبه بالقيمة ، وإن شاء صبر ليأخذه فى بلده لأن نقصان السعر بنقله فيخير المالك ، بخلاف تغير السعر فى بلد الغصب لأنه لا بصنعه بل بقلة الرغبات ، وإن لم يكن فى يده وقيمته أقلّ فالمالك إن شاء أخذ مثله إن كان مثليا أو قيمته ببلد الغصب أو يصبر ليأخذ مثله فى بلده ؛ وإن كانت قيمته هنا أكثر فالغاصب إن شاء أعطاه مثله أو قيمته ، لأنه هو الذى يتضرّر بالدفع ؛ وإن كانت القيمة سواء فللمالك أن يطالب بالمثل لأنه لاضرر على أحد ، ولو تعيب فى يد الغاصب رده مع قيمة النقصان فيقوّم صحيحا ويقوم وبه عيب فيضمن ذلك ، هذا فى غير الربويات لأن للجودة قيمة فيها . فأما الربويات إن شاء أخذه بعيبه وإن شاء ضمنه قيمته صحيحا من غير جنسه وتركه ، لأن الجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس على ماعرف وآنية الصفر والرصاص إن بيعت وزنا من الربويات وعددا لا . ولو غصب عنبا فصار زبيبا ، أو عصيرا فصار خلا ، أو رطبا فصار تمرا فالمالك إن شاء أخذ عينه ، وإن شاء ضمنه مثله ؛ ولو غصب عبدا أو جارية صغيرة فكبر أخذه ولاشى للغاصب من النفقة قال عليه الصلاة والسلام «من وجد عين ماله فهو أحق به » ولو كان شابا فصار شيخا ، أو شابة فصارت عجوزا ضمن النقصان ، والشلل والعرج وذهاب السمع والبصر ونسيان الحرفة والقرآن والسرقة والإباق والجنون والزنا عيب يوجب النقصان

وَإِذَا تَغَيَّرَ الْمَغْصُوبُ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ حَتَّى زَالَ اسْمُهُ وَأَكْثَرُ مَنَافِعِهِ مَلَكَهُ وَضَمِنَهُ ، وَذَلِكَ كَذَبْحِ الشَّاةِ وَطَبْخِهَا أَوْ شَيِّهَا أَوْ تَقْطِيعِهَا ، وَطَحْنِ الْحِنْطَةِ أَوْ زَرْعِهَا ، وَخَبْزِ الدَّقِيقِ ، وَجَعْلِ الْحَدِيدِ سَيْفًا وَالصُّفْرِ آنِيَةً ، وَالْبِنَاءِ عَلَى السَّاجَةِ ، وَاللَّبِنِ حَائِطًا ، وَعَصْرِ الزَّيْتُونِ وَالْعِنَبِ وَغَزْلِ الْقُطْنِ وَنَسْجِ الْغَزْلِ ، وَلَا يَنْتَفِعُ بِهِ حَتَّى يُؤَدِّيَ بَدَلَهُ (ز) ، وَلَوْ غَصَبَ تِبْرًا فَضَرَبَهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ آنِيَةً لَمْ يَمْلِكْهُ (سم) ، وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ فَأَبْطَلَ عَامَّةَ مَنْفَعَتِهِ ضَمِنَهُ ،

إن حدثت عند الغاصب ضمنها . قال (وإذا تغير المغصوب بفعل الغاصب حتى زال اسمه وأكثر منافعه ملكه وضمنه ،وذلك كذبح الشاة وطبخها أو شيها أو تقطيعها ، وطحن الحنطة أو زرعها ، وخبز الدقيق ، وجعل الحديد سيفا والصفر آنية والبناء على الساجة ، واللبن حائطا ، وعصر الزيتون والعنب ، وغزل القطن ونسج الغزل) والوجه فيه أنه استهلكها من وجه لفوات معظم المقاصد وتبدل الاسم ، وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه فترجح على ما فات من وجه ؛ بخلاف ما إذا ذبح شاة وسلخها لأن الاسم باق (ولا ينتفع به حتى يؤدى بدله) لقوله عليه الصلاة والسلام فى الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها « أطعموها الأسارى » فيه دليل على زوال ملك المالك وحرمة الإنتفاع قبل الإرضاء ، ولأن إباحة الانتفاع قبل الإرضاء فتح باب الغصب ، ويجوز بيعه وهبته مع الحرمة كالبيع الفاسد ، فاذا أدّى بدله أو أبرأه المالك جاز له الانتفاع به لأنه صار راضيا بالإبراء وأخذ البدل ، والقياس أن يجوز له الإنتفاع قبل الأداء ، وهو قول زفر وهو رواية عن أبى حنيفة ، لأنه ثبت له الملك فيجوز له الإنتفاع ولهذا جاز بيعه وهبته . وعن أبى يوسف أنه يزول ملك المالك عنه لكنه يباع فى دينه وبعد الموت هو أحقّ به من باقى الغرماء ، ووجه آخر فى الساجة واللبن أن ضرر المالك صار منجبرا بالقيمة ، وضرر الغاصب بالهدم لاينجبر فكان ما قلناه رعاية للجانبين فكان أولى ؛ ولو غصب خيطا فخاط به بطن عبده أو أمته أو لوحا فأدخله فى سفينة انقطع ملك المالك إلى الضمان بالإجماع (ولو غصب تبرا فضربه دراهم أو دنانير أوآنية لم يملكه) فيأخذها المالك ولا شىء للغاصب ، وقالا : يملكها الغاصب وعليه مثلها لما تقدم أنه استهلاك بصنعه من وجه لأن بالكسر فات بعض المقاصد ولأبى حنيفة أن العين باقية من كل وجه نظرا إلى بقاء الاسم والثمنية والوزن وجريان الربا فيه والصنع فيها غير متقومة لما بينا أنها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس . قال (ومن خرق ثوب غيره فأبطل عامة منفعته ضمنه) لأنه استهلكه معنى كما إذا أحرقه ، فاذا ضمنه جميع القيمة ترك الثوب للغاصب لئلا يجتمع البدلان فى ملك واحد وإن أمسك الثوب

وَمَنْ ذَبَحَ شاةَ غَيْرِهِ أوْ قَطَعَ يَدَها ، فانْ شاءَ المَالِكُ ضَمَّنَهُ نُقْصانَها وأخَذَها ، وَإنْ شاءَ سَلَّمَها وَضَمَّنَهُ قِيمَتَها ، وَفى غَيْرِ مأكُولِ اللَّحْمِ يَضْمَنُ قِيمَتَها بِقَطْعِ الطَّرَفِ ، وَمَنْ بَنَى فى أرْضِ غَيْرِهِ أوْ غَرَسَ لَزِمَهُ قَلْعُهُما وَرَدُّها ، وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبا فَصَبَغَهُ أحمَرَ أوْ سَوِيقا ، فَلَتَّهُ بِسَمْنٍ فالمَالِكُ إنْ شاءَ أخَذَهُما وَرَدَّ زِيادَةَ الصَّبْغِ وَالسَّوِيقِ ، وَإنْ شاءَ أخَذَ قِيمَةَ الثَّوْبِ أبْيَضَ

ضمنه النقصان لبقاء العين وبعض المنافع ، وإن كان خرقا قليلا يضمن نقصانه لما أنه لم يفوّت شيئا بل عيبه . واختلفوا فى العيب الفاحش ، قيل هو أن يوجب نقصان ربع القيمة فما زاد ، وقيل ما ينتقص به نصف القيمة ، والصحيح ما يفوت به بعض المنافع (١) ، واليسير ما لايفوت به شيء من المنفعة بل يدخله نقصان العيب . قال (ومن ذبح شاة غيره أو قطع يدها ، فان شاء المالك ضمنه نقصانها وأخذها ، وإن شاء سلمه وضمنه قيمتها) لأنه إتلاف من وجه لتفويت بعض المنافع من اللبن والنسل وغيرهما وبقاء البعض وهو الأكل فثبت له الخيار كما فى الثوب فى الخرق الفاحش . قال (وفى غير مأكول اللحم يضمن قيمتها بقطع الطرف) لأنه استهلكها من كلّ وجه ، ولو غصب دابة فقطع رجلها ضمن قيمتها . وروى هشام إن أخذها المالك لاشيء له وإن شاء تركها وأخذ القيمة عند أبى حنيفة كما فى الجثة العمياء خلافا لهما ؛ وإن قلع عين الدابة فعليه ربع القيمة استحسانا وقيمة النقصان قياسا . وفى جنايات الحسن عن أبى حنيفة لو فقأ عين برذون أو بغل أو حمار عليه ربع قيمته ، وكذا كل ما يعمل عليه من البقر والإبل ، وما لايعمل عليه ما نقص . وقال فى الجامع الصغير : وفى عين بقر الجزار وجزوره ربع القيمة ، وفى عين شاة القصاب ما نقصها ، والحمل والطير والدجاجة والكلب ما نقصه . وقال أبو يوسف : عليه ما نقصه فى جميع البهائم اعتبارا بالشاة . ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام « قضى فى عين الدابة بربع القيمة » وكذا قضى عمر رضى الله عنه ، ولأنها تصلح للحمل والركوب والعمل ، ولا تقوم هذه المصالح إلا بأربعة أعين عينيها وعينى المستعمل فصارت كذات أربعة أعين ، فيجب فى أحدها ربع القيمة كما قلنا فى أحد الأهداب ربع الدية لما كانت أربعة . قال (ومن بنى فى أرض غيره أو غرس لزمه قلعهما وردّها) على ما بينا فى الإجارات . قال عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حقّ » ولأنه أشغل ملك الغير فيؤمر بتفريغه دفعا للظلم وردّا للحقّ إلى مستحقه . قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فالمالك إن شاء أخذهما وردّ زيادة الصبغ والسويق ، وإن شاء أخذ قيمة الثوب أبيض

---

(١) بأن كان يصلح للقباء قبله وبعده لايصلح له ويصلح للقميص اه ابن فرشته .

وَمِثْلَ السَّوِيقِ وَسَلَّمَهُما .

فصل

زَوَائِدُ الغَصْبِ أمانَةٌ، مُتَّصِلَةً كانَتْ أوْ مُنْفَصِلَةً ، وَيَضْمَنُها بالتَّعَدِّى أوْ بالمَنْعِ بَعْدَ الطَّلَبِ ، وَما نَقَصَتِ الجارِيَةُ بالوِلادَةِ مَضْمُونٌ وتُجْبَرُ بِوَلَدِها وَبالغُرَّةِ ؛ وَمَنافِعُ الغَصْبِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ اسْتَوْفاها أوْ عَطَّلَها ،

ومثل السويق وسلمهما) لأن فى ذلك رعاية الجانبين على ما تقدم وصاحب الثوب صاحب الأصل فكان الخيار له . وقال فى الأصل تجب قيمة السويق بناء على أنه يتغير بالقلى فلم يصر مثليا وسماه ههنا مثليا لقيام القيمة مقامه والألوان كلها سواء . وقال أبو حنيفة : السواد نقصان ، قيل هو اختلاف عصر وزمان ، وقيل إن نقصه السواد فهو نقصان .

فصل

(زوائد الغصب أمانة متصلة كانت) كالسمن والجمال والحسن (أو منفصلة) كالولد والعقر والثمرة والصوف واللبن لأن الغصب لم يرد عليها لأنه إزالة يد المالك باثبات يده ولم يوجد، فلا يضمن ، لأن ضمان الغصب ولا غصب محال . قال (ويضمنها بالتعدى) بأن أتلفه أو أكله أو ذبحه أو باعه وسلمه (أو بالمنع بعد الطلب) لأن الملك ثابت للغير وقد تعدى فيه فيضمنه لما مرّ ، وإن طلب المتصلة لايضمن بالبيع لأن الطلب غير صحيح لعدم إمكان ردّ الزوائد بدون الأصل ، وقالا : يضمنها بالبيع والتسليم كالمنفصلة : ولأبى حنيفة أن سبب الضمان إخراج المحلّ من أن يكون منتفعا به فى حقّ المالك ولم يوجد هنا لأن الزيادة المتصلة ما كان منتفعا بها فى حقّ المالك لعدم يده عليها فلا يجب الضمان ولو زادت قيمتها فعليه قيمتها يوم الغصب لاغير لأنه سبب الضمان على ما تقدم . قال (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون) لفوات بعضها (ويجبر بولدها وبالغرّة) لانعدام النقصان حكما ولأن العلوق أو الولادة سبب للزيادة والنقصان فلا يوجب الضمان كما إذا سقطت سنها ثم نبتت أو هزلت ثم سمنت أو ردّ أرش اليد فانه ينجبر به نقص القطع كذا هنا وصار كثمن المبيع ، وإن لم يكن بالولد وفاء انجبر بقدره وضمن الباقى ، والغرّة كالولد لأنها قائمة مقامه لوجهها بدلا عنه ، ولو مات وبالولد وفاء بقيمتها لاشىء عليه هو الصحيح ، لأنه لما ضمنها يوم الغصب ملكها من ذلك الوقت فتبين أن النقصان حصل على ملكه فلا حاجة إلى الجابر . قال (ومنافع الغصب غير مضمونة استوفاها أو عطلها) أو استغل لعدم ورود الغصب عليها ولا مماثلة بينها وبين الأعيان لبقاء الأعيان وهى لاتبقى زمانين ولأنها غير متقومة ،

مَنِ اسْتَهْلَكَ خَمْرَ الذّمّىّ أَوْ خِنْزِيرَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَلَوْ كانا لِمُسْلِمٍ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ وَيَجِبُ فى كَسْرِ المَعازِفِ قِيمَتُها (سم) لِغَيْرِ اللَّهْوِ .

وإنما تقوّمت بالإجارة ضرورة ورود العقد عليها ولم يوجد ويضمن ما نقص باستعماله لاستهلاكه بعض أجزائه . قال (ومن استهلك خمر الذمى أو خنزيره فعليه قيمته ، ولو كانا لمسلم فلا شىء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » وإنهم يدينون بماليتهما ، فان الخمر والخنزير عندهم كالخلّ والشاة ، بل هما من أنفس الأموال عندهم . وقال عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوها » : يعنى الجزية « فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » وللمسلمين التضمين باتلاف ما يعتقدونه مالا ، فكذا يكون الذمى ، بخلاف المسلم لأنهما ليسا مالا فى حقه أصلا ، وحرمة بدلهما عليه كحرمتهما ، والخمر وإن كان مثليا فالمسلم ممنوع عن تملكه فوجبت القيمة ، أما الربا فحرام عندهم وهو مستثنى عن عقد الذمة . قال (ويجب فى كسر المعازف قيمتها لغير اللهو) وسواء كانت لمسلم أو ذمى كالبربط والطبل والدفّ والمزمار والجنك والعود ونحوها . ويجوز بيعها . وقالا : لايضمن ولا يجوز بيعها لأنها أعدت للمعاصى فلا تضمن كالخمر ، ومتلفها يتأوّل فيها النهى عن المنكر وأنه مأمور به شرعا فلا يضمن كإذن القاضى وبل أولى . ولأبى حنيفة أنها أموال صالحة للانتفاع فى جهة مباحة وتصلح لما يحلّ فيضمن ، والفساد بفعل فاعل مختار فلا يسقط التقوّم وجواز البيع لأنهما بناء على المالية وصار كالجارية المغنية ، وتجب قيمتها لغير اللهو كالجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصىّ ، فانه تجب قيمتها غير صالحة لهذه الأمور كذا هذا . ولو أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش ، لأن نقش التماثيل حرام غير متقوّم ، وإن كان مقطوع الرأس يضمن قيمته منقوشا لأنه غير حرام ، والتماثيل على البساط غير محرّم فيجب قيمته منقوشا . ولوغصب ثوبا فكساه للمالك ، أو طعاما فقدمه بين يديه فأكله وهو لايعلم به برئ من الضمان لأنه أعاد الشىء إلى يده وقد تمكن من التصرف فيه حقيقة فيبرأ بالنصّ ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى تردّ » ولو جاء الغاصب بقيمة المغصوب إلى المالك فلم يقبلها أجبره الحاكم على قبولها ، فان وضعها فى حجره برئ ، وإن وضعها بين يديه لايبرأ ، بخلاف ما إذا وضع المغصوب أو الوديعة بين يديه حيث يبرأ لأن الواجب فيه ردّ العين وأنه يتحقق بالتخلية ، والواجب فى الدين القبض لتتحقق المعاوضة والمقاصة والقبض لايحصل بالتخلية . وروى ابن سماعة عن محمد : للقاضى أن يأخذ المال من الغاصب والسارق إذا كان المالك غائبا ويحفظه عليه ، فان ضاع فجاء المالك فله أن يضمن الغاصب والسارق ولا يبرأ بأخذ القاضى ، لأن للقاضى التصرّف فى مال الغائب فيما

كتاب إحياء الموات

المَوَاتُ : مالايُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الأرَاضِي ، وَلَيْسَ مِلْكَ مُسْلِم وَلا ذِمِّيّ وَهُوَ بَعِيدٌ مِنَ العُمْرَانِ ، إذَا وَقَفَ إنْسانٌ بِطَرَفِ العُمْرَانِ وَنادَى بِأعْلَى صَوْتِهِ لايُسْمَعُ ، مَنْ أحْيَاه باذْنِ الإمامِ (سم) مَلَكَهُ مُسْلِما كان أوْ ذِمِّيًّا ،

يؤدى إلى حفظه لافيما يرجع إلى إبراء حقوقه . ولو حلّ دابة رجل أو قيد عبده ، أو فتح قفصه وفيه طيور لم يضمن لأنه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار ، وهو ذهاب الدابة والعبد وطيران الطير ، واختيارهم صحيح وتركه منهم متصوّر ، والاختيار لاينعدم بانعدام العقل ؛ ألا ترى أن المجنون يضمن مايتلفه وإن كان معدوم العقل ، فيضاف التلف إلى المباشرة دون السبب كالحافر والدافع ، ولو حلّ فم زقّ وفيه دهن فسال ضمن لأنه تسبب لتلفه بازالة الممسك ، فلم يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل مختار ؛ ولو كان جامدا فشقه فذاب بالشمس ثم سال لم يضمن لأن الجامد يستمسك بنفسه لابالزقّ ، فلم يكن الشقّ إتلافا وإنما صار مائعا بالشمس لابفعله . ذهبت دابة رجل ليلا أو نهارا بغير إرسال صاحبها فأفسدت زرع رجل لاضمان عليه ، لأنها ذهبت باختيارها وفعلها هدر . قال عليه الصلاة والسلام « العجماء جبار » وإن أرسلها ضمن : رجل وجد فى زرعه أو داره دابة فأخرجها فهلكت أو أكلها الذئب لم يضمن نصّ عليه محمد فى المنتقى ، قالوا : والصحيح إن أخرجها ولم يسقها لم يضمن لأن له ولاية الإخراج ، وإن ساقها بعد الإخراج ضمن : رجل أدخل دابة فى دار رجل فأخرجها صاحب الدار فهلكت لايضمن . وإن وضع ثوبا فى داره فرمى به فضاع ضمن لأن الثوب لايضرّ الدار وكان الإخراج إتلافا ، والدابة تضرّ بالدار فلم يكن إتلافا .

كتاب إحياء الموات

(الموات : ما لاينتفع به من الأراضى) لانقطاع الماء عنه ، أو لغلبته عليه ، أو كونها حجرا أو سبخة ونحو ذلك مما يمنع الزراعة ، سميت بذلك لعدم الانتفاع بها كالميت لاينتفع به ، فما كان كذلك (وليس ملك مسلم ولا ذمىّ وهو بعيد عن العمران ، إذا وقف إنسان بطرف العمران ونادى بأعلى صوته لايسمع من أحياه بإذن الإمام ملكه مسلما كان أو ذميا) لأن ماكان قريبا من العمران يرتفق الناس به عادة فيطرحون به البيادر ويرعون فيه المواشى . وعن محمد أنه يعتبر أن لايرتفق به أهل القرية وإن كان قريبا ، والمختار هو الأوّل لتعلق حقهم به حقيقة أو دلالة فلايكون مواتا ، وكذلك إذا كان محتطبا لهم لايجوز

وَلَا يَجُوزُ إِحْيَاءُ مَاقَرُبَ مِنَ العامر ، وَمَنْ حَجَّرَ أَرْضًا ثَلَاثَ سِنِينَ فَلَمْ يَزْرَعْهَا دَفَعَهَا الإِمَامُ إِلَى غَيْرِهِ .

إحياؤه لأنه حقهم، ويشترط فى الإحياء إذن الإمام ، وقالا : لايشترط لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » ولأنه مباح سبقت يده إليه كالصيد . ولأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » والمراد به فى المباحات ، إلا أن الحطب والحشيش والماء خص عنه بالحديث ، فبقى الباقى على الأصل ، وحديثهما محمول على الإذن لقوم مخصوصين توفيقا بين الحديثين ، ولأنه وصل إلى يد المسلمين بالقتال والغلبة فيكون غنيمة ، ولا يحل لأحد بدون إذن الإمام كسائر الغنائم ، والمسلم والذمى سواء ، لأن الإحياء سبب الملك فيستويان فيه كسائر الأسباب؛ ويجب فيها العشر على المسلم والخراج على الذمى لأنه ابتداء وضع ، فيجب على كل واحد ما يليق به ، وإن سقاه بماء الخراج يعتبر بالماء ؛ والإحياء : أن يبنى فيها بناء ، أو يزرع فيها زرعا ، أو يجعل للأرض مسناة (١) ونحو ذلك ، ويكون له موضع البناء والزرع دون غيره . وقال أبو يوسف : إن عمر أكثر من النصف كان إحياء لجميعها ، وإن عمر نصفها له ماعمر دون الباقى . وذكر ابن سماعة عن أبى حنيفة إن حفر فيها بئرا أو ساق إليها ماء فقد أحياها زرع أو لم يزرع ، ولو شق فيها أنهارا لم يكن إحياء إلا أن يجرى فيها ماء فيكون إحياء (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر) لما بينا ؛ ومن أحيا مواتا ثم أحاط الإحياء بجوانبه الأربعة على التعاقب فطريق الأول فى الأرض من الرابعة لتعينها ، روى ذلك عن محمد . ومن أحيا مواتا ثم تركها فزرعها آخر ، قيل هى للثانى لأن الأول ملك استغلالها لارقبتها ؛ وقيل هى للأول وهو الأصح لأنها ملكه بلام الملك فى الحديث . قال (ومن حجر أرضا ثلاث سنين فلم يزرعها دفعها الإمام إلى غيره) لأن التحجير ليس باحياء ، والإمام دفعها لتحصيل المصلحة من العشر والخراج ، فاذا لم يحصل دفعها إلى غيره ليحصل . وسمى تحجيرا لوجهين : أحدهما من الحجر وهو المنع لأنه يمنع غيره عنها ؛ الثانى أنهم يضعون الأحجار حولها تعليما لحدودها لئلا يشركهم فيها أحد . والتحجير أن يعلمها بعلامة بأن وضع الحجارة أو غرس حولها أغصانا يابسة أو قلع الحشيش أو أحرق الشوك ونحوه فانه تحجير ، وهو استيام (٢) وليس باحياء ، ولهذا لو أحياها غيره قبل ثلاث سنين ملكها لأنه أحياها ، كما يكره السوم على سوم أخيه ، ولو عقد جاز العقد والتقدير بثلاث سنين مروى عن عمر رضى الله عنه فانه قال : من أحيا أرضا ميتة فهى له

---

(١) المسناة : ما يبنى للسيل ليرد الماء اه مغرب .

(٢) قوله استيام : أى تعليم .

وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِى مَوَاتٍ فَحَرِيمُهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ لِلنَّاضِحِ (سم) وَالعَطَنِ ، فَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحْفُرَ فِى حَرِيمِهَا مُنِعَ ، وَحَرِيمُ العَيْنِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ ، وَالقَنَاةُ عِنْدَ خُرُوجِ المَاءِ كَالعَيْنِ ، وَلا حَرِيمَ لِلنَّهْرِ الظَّاهِرِ (سم) إِذَا كَانَ فِى مِلْكِ الغَيْرِ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ ، وَكَذَا لَوْ حَفَرَهُ فِى أَرْضٍ مَوَاتٍ لاحَرِيمَ لَهُ ،

وليس للمحجر بعد ثلاث حق . قال (ومن حفر بئرا فى موات فحريمها أربعون ذراعا من كل جانب للناضح والعطن) عند أبى حنيفة (فمن أراد أن يحفر فى حريمها منع) لأن فى الأراضى الرخوة يتحوّل الماء إلى ما يحفر دونها فيؤدّى إلى اختلال حقه ، ولأنه ملك الحريم ليتمكن من الانتفاع به وذلك يمنعه . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانت للناضح فستون لحديث الزهرى أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « حريم العين خمسمائة ذراع ، وحريم بئر العطن أربعون ذراعا ، وحريم بئر الناضح ستون ذراعا » ولأنه يحتاج فيها إلى سير الدابة للاستقاء وقد يطول الرشا وبئر العطن يستقى منها بيده فكانت الحاجة أقلّ . ولأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته » من غير فصل ، ولأن استحقاق الحريم على خلاف القياس لأنه فى غير موضع الإحياء وهو الحفر ، وإنما تركناه فى موضع اتفق الحديثان فيه ، وما اختلفا فيه يبقى على الأصل ، ويمكنه أن يدير الدابة حول البئر فلا يحتاج إلى زيادة مسير . وقال أبو حنيفة : جعل فى حديث الزهرى ستين ذراعا حريما لمدّ الحبل لأنه يملك ما زاد على الأربعين ، ولو احتاج إلى سبعين يمدّ الحبل إليه ، وكان له مدّ الحبل لأنه يملكه . وذكر فى النوادر عن محمد أن حريم بئر الناضح بقدر الحبل سبعون كان أو أكثر ، والعطن : مبرك الإبل حول الماء ، يقال : عطنت الإبل فهى عاطنة وعواطن إذا سقيت وتركت عند الحياض لتعاد إلى الشرب ؛ والنواضح : الإبل التى تسقّى الماء ، والواحد ناضح ، وفى الحديث « كل ماسقى من الزرع نضحا ففيه نصف العشر » . قال (وحريم العين من كل جانب خمسمائة ذراع) لما سبق من الحديث ، ولأن العين تستخرج للزراعة ، ولا بدّ من موضع حوض يجمع فيه الماء ، وساقية يجرى فيها الماء إلى المزارع فاحتاج إلى مسافة أكثر من البئر . قال (والقناة عند خروج الماء كالعين) وقبله قيل هو مفوّض إلى رأى الإمام ، لأنه لابدّ للقناة من الحريم لملقى طينه مالم يظهر ، فاذا ظهر فهو كالعين الفوّارة ، قيل هو قولهما . أما على قول أبى حنيفة لاحريم للقناة ما لم يظهر الماء ، لأنه نهر مطوىّ فيعتبر بالنهر الظاهر (ولا حريم للنهر الظاهر) عند أبى حنيفة (إذا كان فى ملك الغير إلا ببينة ، وكذا لو حفره فى أرض موات لاحريم له) خلافا لهما . وقال المحققون من مشايخنا : للنهر حريم بقدر

وَلَوْ غَرَسَ شَجَرَةً فى أَرْضِ مَوَاتٍ فَحَرِيمُها مِنْ كُلِّ جانِبٍ خَمْسَةُ أَذْرُعٍ ، وَما عَدَلَ عَنْهُ الفُراتُ وَدَجْلَةُ يَجُوزُ إِحْياؤُهُ إِنْ لَمْ يَحْتَمِلْ عَوْدُهُ إِلَيْهِ ، وَإِنِ احْتُمِلَ عَوْدُهُ لا يَجُوزُ .

كتاب الشرب

وَهُوَ النَّصِيبُ مِنَ الماءِ ، وَقِسْمَةُ الماءِ بَيْنَ الشُّرَكاءِ

ما يحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوه بالاتفاق . ثم قال أبو يوسف : حريمه مقدار عرض نصف النهر من كلّ جانب ، لأن المعتبر الحاجة الغالبة ، وذلك بنقل ترابه إلى حافتيه فيكفى ما ذكرنا . وقال محمد : عرض جميع النهر من كلّ جانب لأنه قد لايمكنه إلقاء التراب من الجانبين فيحتاج إلى إلقائه فى أحدهما فيقدّر فى كل طرف ببطن النهر والحوض على هذا الاختلاف . لهما أنه لاانتفاع بالنهر والحوض إلا بالحريم لأنه يحتاج إلى المشى فيه لتسييل الماء ، ولا يكون ذلك عادة فى بطنه وإلى إلقاء الطين وأنه يحرج بنقله ، فوجب أن يكون له حريم كالبئر . وله أن الحريم على خلاف القياس لما مرّ تركناه فى البئر بالحديث ، ولأن الحاجة فى البئر أكثر لأنه لايمكن الانتفاع بماء البئر بدون الاستسقاء ولا استسقاء إلا بالحريم . أما النهر يمكن الانتفاع بمائه بدون الحريم . ثم قال (ولو غرس شجرة فى أرض موات فحريمها من كل جانب خمسة أذرع) ليس لغيره أن يغرس فيه ، لما روى « أن رجلا غرس شجرة فى أرض فلاة ، فجاء آخر وأراد أن يغرس شجرة إلى جانب شجرته ، فشكا الأول إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمر أن يؤخذ من شجرته جريدة فتذرع ، فبلغ خمسة أذرع ، فجعل له صلى الله عليه وسلم الحريم من كل جانب خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراء ذلك » هذا الحديث ذكره أبو داود فى سننه ، وذكر فى رواية « سبعة أذرع » . قال فى المحيط : هذا حديث صحيح يجب العمل به . قال (وما عدل عنه الفرات ودجلة يجوز إحياؤه إن لم يحتمل عوده إليه) لأنه كالموات وهو فى يد الإمام إذا لم يكن حريما لعامر (وإن احتمل عوده لايجوز) لحاجة العامة إليه ، والله عزّ وجلّ أعلم بالصواب .

كتاب الشرب

(وهو النصيب من الماء) للأراضى وغيرها . قال الله تعالى ـ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ـ . قال (وقسمة الماء بين الشركاء جائزة) وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يفعلونه فأقرّهم عليه ، وتعامله الناس إلى يومنا من غير نكير ، وهو قسمة باعتبار الحقّ دون الملك ، لأن الماء غير مملوك فى النهر ، والقسمة تارة تكون باعتبار الملك ،

وَيَجُوزُ دَعْوَى الشِّرْبِ بِغَيْرِ أَرْضٍ ، وَيُورَثُ ، وَيُوصِي بِمَنْفَعَتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ وَلَا يُبَاعُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُتَصَدَّقُ بِهِ ، وَلَا يَصْلُحُ مَهْرًا ، وَلَا بَدَلًا فِي الخُلْعِ ، وَلَا بَدَلًا فِي الصُّلْحِ عَنْ دَعْوَى المَالِ وَلَا فِي القِصَاصِ .

وَالمِيَاهُ أَنْوَاعٌ : مَاءُ البَحْرِ ، وَهُوَ عَامٌّ لِجَمِيعِ الخَلْقِ الانْتِفَاعُ بِهِ بِالشَّفَةِ وَسَقْيِ الأَرَاضِي وَشَقِّ الأَنْهَارِ. وَالأَوْدِيَةُ وَالأَنْهَارُ العِظَامُ كَجَيْحُونَ وَسَيْحُونَ وَالنِّيلِ وَالفُرَاتِ وَدَجْلَةَ ، فَالنَّاسُ مُشْتَرِكُونَ فِيهِ فِي الشَّفَةِ وَسَقْيِ الأَرَاضِي وَنَصْبِ الأَرْحِيَةِ .

وتارة باعتبار الحق كقسمة الغنائم . قال (ويجوز دعوى الشرب بغير أرض) استحسانا لجواز أن يكون الشرب حقا له بدون الأرض بأن اشترى الأرض والشرب ثم باع الأرض وبقى الشرب أو ورثه ، وقد يملك بالإرث ما لايملك بالبيع كالقصاص والخمر ؛ وإذا شهدوا بشرب يوم من النهر لاتقبل إذا لم يقولوا من كم يوم ، ولو ادعى أرضا على نهر شربها منه فشهدوا له بالأرض قضى بها وبحصتها من الشرب ، لأن الأرض لاتنفك عن الشرب ؛ ولو ادعى الشرب وحده فشهدوا له لايقضى بشيء من الأرض . قال (ويورث ويوصى بمنفعته دون رقبته) لأنه حق مالى فيجرى فيه الإرث ، وجهالة الموصى به لاتمنع الوصية ، لأن الوصية من أوسع العقود حتى جازت للمعدوم وبالمعدوم : قال (ولا يباع ولا يوهب ، ولا يتصدق به) للجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض ، ولأنه ليس بمتقوم حتى لوسقى به غيره لايضمن (ولا يصلح مهرا) لما بينا ويجب مهر المثل (ولا بدلا فى الخلع) حتى ترد ما قبضت من المهر (ولا بدلا فى الصلح) عن دعوى المال (ولا فى القصاص) ويسقط القصاص وتجب الدية .

(والمياه أنواع) الأول (ماء البحر ، وهو عام لجميع الخلق الانتفاع به بالشفة وسقى الأراضى وشق الأنهار) لايمنع أحد من شيء من ذلك كالانتفاع بالشمس والهواء .

(و) الثانى (الأودية والأنهار العظام كجيحون وسيحون والنيل والفرات ودجلة ، فالناس مشتركون فيه فى الشفة وسقى الأراضى ونصب الأرحية) والدوالى إذا لم يضر بالعامة ، وذلك بأن يحيى مواتا ويشق نهرا لسقيها ليس فى ملك أحد لأنه مباح فى الأصل وغلبة الماء تمنع قهر غيره واستيلاءه عليه ، وإن كان يضر بالعامة فليس له ذلك ، لأن دفع الضرر عنهم واجب ، وذلك بأن يكسر ضفته فيميل الماء إلى جانبها فيغرق الأراضى والقرى ، وكذا شق الساقية للرحى والدالية .

وَمَا يَجْرِى فِى نَهْرٍ خاصٍّ لِقَرْيَةٍ فَلِغَيْرِهِمْ فِيهِ شَرِكَةٌ فِى الشَّفَةِ ، وَمَا أُحْرِزَ فِى حُبٍّ وَنَحْوِهِ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا بِدُونِ إِذْنِ صَاحِبِهِ وَلَهُ بَيْعُهُ ، وَلَوْ كانَتِ البِئْرُ أَوِ العَيْنُ أَوِ النَّهْرُ فِى مِلْكِ رَجُلٍ لَهُ مَنْعُ مَنْ يُرِيدُ الشَّفَةَ مِنَ الدُّخُولِ فِى مِلْكِهِ إِنْ كانَ يَجِدُ غَيْرَهُ بِقُرْبِهِ فِى أَرْضٍ مُباحَةٍ ، فإِنْ لَمْ يَجِدْ فإِمَّا أَنْ يَتْرُكَهُ يَأْخُذُ بِنَفْسِهِ أَوْ يُخْرِجَ المَاءَ إِلَيْهِ ، فانْ مَنَعَهُ وَهُوَ يَخافُ العَطَشَ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ مَطِيَّتِهِ قاتَلَهُ بالسِّلاحِ ، وفِى مُحْرَزٍ بالإِناءِ يُقاتِلُهُ بِغَيْرِ سِلاحٍ ، وَالطَّعامُ حالَةَ المَخْمَصَةِ كالماءِ المُحْرَزِ بالإِناءِ .

(و) الثالث (ما يجرى فى نهر خاص لقرية فلغيرهم فيه شركة فى الشفة) وهو الشرب والسقى للدواب ، ولهم أخذ الماء للوضوء وغسل الثياب والخبز والطبخ لاغير ، وإن أتى على الماء كله . روى أنه وردت على أبى حنيفة مسائل من خراسان فدفعها إلى زفر ليكتب فيها : منها رجل له ماء يجرى إلى مزارعه فيجىء رجل فيسقى إبله ودوابه منه حتى ينفذه كله هل له ذلك ؟ فكتب زفر : ليس له ذلك ، فعرضها على أبى حنيفة فغلطه وقال : لصاحب الإبل ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء فى ثلاث » الحديث ، والحديث يشمل الشُّرب والشِّرْب ، إلا أن الشرب خص فى النهر الخاص دفعا للضرر عن أهله ، وبقى حق الشفعة للضرورة إما لشدة الحاجة ، أو لأنه لايقدر على استصحاب الماء فى كل مكان . والبئر والحوض حكمهما حكم النهر الخاص .

(و) الرابع (ما أحرز فى حب ونحوه فليس لأحد أن يأخذ منه شيئا بدون إذن صاحبه وله بيعه) لأنه ملكه بالإحراز وصار كالصيد والحشيش إلا أنه لايقطع فى سرقته لقيام شبهة الشركة فيه بالحديث . قال (ولوكانت البئر أو العين أو النهر فى ملك رجل له منع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه إن كان يجد غيره بقربه فى أرض مباحة ، فان لم يجد فاما أن يتركه يأخذ بنفسه) بشرط أن لايكسر ضفته (أو يخرج الماء إليه ، فان منعه وهو يخاف العطش على نفسه أو مطيته قاتله بالسلاح) لما روى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا ، فسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا ، فقالوا لهم : إن أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تنقطع فأبوا أن يعطوهم ، فذكروا ذلك لعمر رضى الله عنه فقال : هلا وضعتم فيهم السلاح ؟ ولأنه منع المضطر عن حقه ، لأن حقه ثابت فى الشفة فكان له أن يقاتله بالسلاح (وفى المحرز بالإناء يقاتله بغير سلاح) لأنه ملكه بالإحراز حتى كان له تضمينه ، إلا أنه مأمور أن يدفع إليه قدر حاجته فبالمنع خالف الأمر فيؤدبه (والطعام حالة المخمصة كالماء المحرز بالإناء) فى الإباحة والمقاتلة والضمان لما بينا ،

فصــــل

كَرْىُ الأَنْهَارِ العِظَامِ عَلَى بَيْتِ المَالِ ، وَمَا هُوَ مَمْلُوكٌ لِلْعَامَّةِ فَكَرْيُهُ عَلَى أَهْلِهِ ، وَمَنْ أَبَى مِنْهُمْ يُجْبَرُ ،

ولو كان النهر أو البئر فى موات قد أحياه فليس له أن يمنع صاحب الشفة من الدخول إذا كان لايكسر المسناة ، لأن الموات كان مشتركا والإحياء لحق مشترك فلا يقطع حق الشفة . والأصل فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون » وفى رواية « الناس مشتركون فى ثلاث : فى الماء والكلأ والنار » أثبت الشركة فيها للناس كافة ، المسلمون والكفار فيه سواء فحكم الماء ما ذكرنا . وأما الكلأ إن كان فى أرض مباحة فالناس فيه شركاء فى الاحتشاش والرعى كاشتراكهم فى ماء البحر ، وإن كان فى أرض مملوكة وقد نبت بنفسه فهو كالنهر فى أرضه لايمنع عنه وله المنع من الدخول فى ملكه ، وإن لم يجد غيره فعلى التفصيل الذى ذكرنا فى الماء ، وإن أنبته فى أرضه فهو مملوك له ، والكلأ ما انبسط على الأرض ولا ساق له كالإذخر ونحوه ؛ أما ماله ساق فهو شجر وهو ملك لصاحب الأرض لأنه عليه الصلاة والسلام إنما أثبت الشركة فى الكلأ لافى الشجر ، والعوسج من الشجر . وأما النار فلو أوقد نارا فى مفازة فالجمر ملكه وليس له أن يمنع أحدا من الاستضاءة والاصطلاء وأن يتخذ منها سراجا ، لأن الجمر من الحطب وأنه ملكه والنور جوهر الجمر ، ولأنا لو أطلقنا الناس فى أخذ الجمر لم يبق له ما يصطلى به ولا ما يخبز ويطبخ به ، وإن أوقد النار فى ملكه فله أن يمنع غيره من الدخول فى ملكه لامن النار كما مر فى الماء والكلأ .

فصــــل

(كرى الأنهار العظام على بيت المال) وهى التى لاتدخل فى المقاسم كسيحون وإخوته جيحون والنيل ودجلة والفرات وما شابهها ، لأن منفعتها للعامة فيكون فى مالهم ، فإن لم يكن فى بيت المال شىء أجبر الناس على كريه إذا احتاج إلى الكرى إحياء لحق العامة ودفعا للضرر عنهم ، لكن يخرج الإمام من يطيق العمل ويجعل مئونتهم على المياسير الذين لايطيقونه (وما هو مملوك للعامة فكريه على أهله) لأن منفعته لهم (ومن أبى منهم يجبر) دفعا للضرر العام ، وهو ضرر الشركاء بالضرر الخاص ، كيف وفيه منفعته فلا يعارضه وإن كان فيه ضرر عام بأن خافوا أن ينشق النهر فيخرج الماء إلى طريق المسلمين وأراضيهم ، فعليهم تحصينه بالحصص ، والنهر المملوك لجماعة مخصوصين فكريه عليهم ، ومن أبى منهم قيل يجبر لما مر ، وقيل لايجبر لأن كل واحد من الضررين خاص ، ويمكن دفعه بالكرى بأمر القاضى ، ثم يرجع على الآبى ، ولا كذلك الأول .

وَمَئُونَةُ الكَرْيِ إذَا جاوَزَ أَرْضَ رَجُلٍ تُرْفَعُ عَنْهُ (سم) ، وَلَيْسَ عَلَى أَهْلِ الشَّفَةِ شَيْءٌ مِنَ الكَرْيِ . نَهْرٌ لِرَجُلٍ يَجْرِي فِى أَرْضِ غَيْرِهِ لَيْسَ لِصَاحِبِ الأَرْضِ مَنْعُهُ . نَهْرٌ بَيْنَ قَوْمٍ اخْتَصَمُوا فِى الشِّرْبِ فَهُوَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ أَرَاضِيهِمْ ، وَلَيْسَ لِلأَعْلَى أَنْ يُسْكِرَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ إِلاَّ بِتَرَاضِيهِمْ ،

قال (ومئونة الكرى إذا جاوز أرض رجل ترفع عنه) وقالا : الكرى عليهم جميعا من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأراضى لأن الأعلى يحتاج إلى ما وراء أرضه لتسييل ما فضل من مائه كى لايغرق أهله . ولأبى حنيفة أنه متى جاوز الكرى أرضه تمكن من سقيها واندفعت حاجته فلا يلزمه ما بعد ذلك ، حتى لو أمكنه السقى بدون الكرى لايجب عليه الكرى وما ذكر من الحاجة يندفع بسده من أعلاه ، وليس على صاحب المسيل عمارته كمن له على سطح آخر مسيل ماء . وإذا جاوز الكرى أرض رجل هل له أن يفتح الماء ؟ قيل له ذلك لأن الكرى قد انتهى فى حقه ، وقيل لا ، لأنه لايختص بالانتفاع بالماء ، ولهذا جرت العادة بالكرى من أسفل النهر أو بترك بعضه من أعلاه . قال (وليس على أهل الشفة شىء من الكرى) لأنها شركة عامة . قال (نهر لرجل يجرى فى أرض غيره ليس لصاحب الأرض منعه) لأن صاحب النهر مستعمل له باجراء مائه عملا بالبينة ، وعلى هذا المصب فى نهر أو على سطح والميزاب والطريق فى دار غيره إلا أنه لا بدّ له أن يقول فى الدعوى مصب ماء الوضوء أو المطر أو غيره لمكان التفاوت . قال (نهر بين قوم اختصموا فى الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لأن المقصود من الشرب سقى الأرض فيقدّر بقدرها ، بخلاف الطريق لأن التطرق إلى الدار الواسعة والضيقة سواء ، ولو كان لبعض الأراضى ساقية وللبعض دالية ولاشىء للبعض وليس لها شرب معلوم فالشرب بينهم على قدر أراضيهم التى على حافة النهر ، لأن المقصود من النهر سقى الأرض لا اتخاذ السواقى والدوالى فيستوى حالهم فيما هو المقصود ، ولأن الأراضى فى الأصل لابدّ لها من شرب ؛ وإن كان لها شرب معروف من غير هذا النهر فلا حق له فى هذا النهر . قال (وليس للأعلى أن يسكر (١) حتى يستوفى إلا بتراضيهم) لما فيه من إبطال حق الباقين وهو منع الماء عنهم فى بعض المدة ، ولأنه يحتاج إلى إحداث شىء فى وسط النهر وربما ينكبس ما يحدث فيه عند السكر ، ورقبته مشتركة بينهم فلا يجوز لكن يشرب بحصته ، فاذا رضوا بذلك جاز لأن الحقّ لهم ، وكذلك لو اصطلحوا على أن يسكر كل واحد فى نوبته جاز لما قلنا . لكن لا يسكر إلا بلوح أو باب ولا يسكر بالطين والتراب لأنه يكبس النهر وفيه ضرر ، وإن

(١) والسكر : السد . قال فى مختار الصحاح : وسكر النهر : سده ؛

وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَشُقَّ مِنْهُ نَهْرًا ، أَوْ يَنْصِبَ عَلَيْهِ رَحًى أَوْ يَتَّخِذَ عَلَيْهِ جِسْرًا أَوْ يُوَسِّعَ فَمَهُ ، أَوْ يَسُوقَ شِرْبَهُ إِلَى أَرْضٍ لَيْسَ لَهَا شِرْبٌ إِلاَّ بِتَرَاضِيهِمْ ، وَلَوْ كَانَتِ القِسْمَةُ بِالكُوَى فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَقْسِمَ بِالأَيَّامِ ، وَلا مُنَاصَفَةً ، وَلا يَزِيدُ كَوَّةً ، وَإِنْ كَانَ لايَضُرُّ بِالباقِينَ .

كتاب المزارعة

وَهِيَ عَقْدٌ عَلَى الزَّرْعِ بِبَعْضِ الخارِجِ ، وَهِيَ جائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ،

لم يسكر باللوح فبالتراب . قال (وليس لأحدهم أن يشق منه نهرا ، أوينصب عليه رحى ، أو يتخذ عليه جسرا أو يوسع فمه ، أو يسوق شربه إلى أرض ليس لها شرب إلا بتراضيهم) أما شق النهر ونصب الرحى فلأن فيه كسر ضفة النهر وشغل ملك الغير ببنيانه ، إلا أن لاتضر الرحى بالنهر ولا بالماء ويكون مكانها له خاص فيجوز ، لأنه تصرف فى ملكه من غير إضرار بالغير . وأما اتخاذ الجسر فهو كطريق خاص بين قوم والقنطرة كالجسر . وأما توسعة فمه لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه . وأما سوق شربه إلى أرض أخرى فلأنه ربما تقادم العهد فيدعيه ويستدل به على أنه له ، فاذا رضوا بذلك جاز لأنه حقهم . قال (ولوكانت القسمة بالكوى فليس لأحدهم أن يقسم بالأيام ، ولا مناصفة)لأن الحق ظهر بذلك فيترك على حاله ، إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما . قال (ولا يزيد كوة وإن كان لايضر بالباقين) لما بينا ، بخلاف النهر الأعظم لأن له أن يشق فيه نهرا مبتدأ فزيادة الكوة أولى .

كتاب المزارعة

(وهى) مفاعلة من الزراعة وهى الحرث والفلاحة ، وتسمى مخابرة ، مشتقة من خيبر « فإنه صلى الله عليه وسلم دفع خيبر مزارعة » فسميت المزراعة مخابرة لذلك ، أو من الخبير وهو الإكار ، أومن الخبرة بالضم : النصيب ، أومن الخبار : الأرض اللينة ، وتسمى المحاقلة مشتقة من الحقل وهوالزرع إذا تشعب قبل أن يغلظ سوقه ، ، وقيل الحقل : الأرض الطيبة الخالصة من شائبة السبخ الصالحة للزراعة وتسميه أهل العراق القراح . وفى الشرع (عقد على الزرع ببعض الخارج ، وهى جائزة عند أبي يوسف ومحمد) لأن النبى صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف مايخرج من تمر وزرع ، ولأن الحاجة ماسة إليها لأن صاحب الأرض قد لايقدر على العمل بنفسه ولا يجد ما يستأجر به والقادر على العمل

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ هِيَ فَاسِدَةٌ ، وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا ، وَلَا بُدَّ فِيهَا مِنَ التَّأْقِيتِ ، وَمِنْ صَلَاحِيَةِ الْأَرْضِ لِلزِّرَاعَةِ ، وَمِنْ مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ الْبَذْرِ ، وَمَعْرِفَةِ جِنْسِهِ ، وَنَصِيبِ الْآخَرِ ، وَالتَّخْلِيَةِ بَيْنَ الْأَرْضِ وَالْعَامِلِ ، وَأَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا حَتَّى لَوْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا قُفْزَانًا مَعْلُومَةً ، أَوْ مَا عَلَى السَّوَاقِي ، أَوْ أَنْ يَأْخُذَ رَبُّ الْبَذْرِ بَذْرَهُ ، أَوِ الْخَرَاجَ فَسَدَتْ ، وَإِنْ شَرَطَ رَفْعَ الْعُشْرِ جَازَ ،

لايجد أرضا ولا ما يعمل به ، فدعت الحاجة إلى جوازها دفعا للحاجة كالمضاربة (وعند أبي حنيفة هي فاسدة) لما روى رافع بن خديج قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعا ، نهانا إذا كان لأحدنا أرض أن نعطيها ببعض الخارج ثلثه أو نصفه ، وقال : من كانت له أرض فليزرعها أو يمنحها أخاه » وهذا متأخر عما كانوا يعتقدونه من الإباحة ويعملونه فاقتضى نسخه . وعن زيد بن ثابت قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قال : قلت وما المخابرة ؟ قال : أن تأخذ أرضا بثلث أو نصف أو ربع » وعن ابن عمر قال : كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسا حتى ذكر رافع بن خديج « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة » فتركناه من أجل قوله ؛ ولأنه استئجار بأجرة مجهولة معدومة وذلك مفسد ؛ ولأنه استئجار ببعض مايحصل من عمله فلا يجوز كقفيز الطحان ، وحديث خيبر محمول على أنه خراج مقاسمة ، فانه عليه الصلاة والسلام لما فتح خيبر عنوة ترك خيبر على أهلها بوظيفة وظفها عليهم ، وهي نصف ما يخرج من نخيلهم وأراضيهم (والفتوى على قولهما) لحاجة الناس ، وقد تعامل بها السلف فصارت شريعة متوارثة وقضية متعارفة . قال الحصيري : وأبو حنيفة هو الذي فرّع هذه المسائل على أصوله لعلمه أن الناس لايأخذون بقوله . قال (ولا بدّ فيها من التأقيت) لأنها تنعقد إجارة ابتداء وشركة انتهاء ، ولأنها ترد على منفعة الأرض والعامل فلا بدّ من تعيين المدّة كالإجارة . قال (ومن صلاحية الأرض للزراعة) ليحصل المقصود إذ هي المحلّ . قال (ومن معرفة مقدار البذر) قطعا للمنازعة (ومعرفة جنسه) لأنه الأجرة (ونصيب الآخر) لأنه يستحقه عوضا بالشرط ، ولا بدّ أن يكون العوض معلوما . قال (والتخلية بين الأرض والعامل) لما مرّ في المضاربة (وأن يكون الخارج مشتركا بينهما) لما مرّ في المضاربة فكلّ شرط يؤدّي إلى قطع الشركة يفسدها (حتى لوشرطا لأحدهما قفزانا معلومة ، أو ما على السواقي ، أو أن يأخذ ربّ البذر بذره ، أو الخراج فسدت) لأنه يؤدّي إلى قطع الشركة ، وقد مرّ في المضاربة . قال (وإن شرط رفع العشر جاز) لأنه لايؤدّي إلى قطع الشركة لأنه لابدّ أن يبقى بعده تسعة أعشار فتبقى الشركة فيه ، بخلاف الخراج والبذر لأنه قد لايخرج

وَإِذَا كَانَتِ الأَرْضُ وَالبَذْرُ لِوَاحِدٍ ، وَالعَمَلُ وَالبَقَرُ لِآخَرَ ، أَوْ كَانَتِ الأَرْضُ لِوَاحِدٍ وَالبَاقِي لِآخَرَ ، أَوْ كَانَ العَمَلُ مِنْ وَاحِدٍ وَالبَاقِي لِآخَرَ فَهِيَ صَحِيحَةٌ ؛ وَإِذَا صَحَّتِ المُزَارَعَةُ فَالخَارِجُ عَلَى الشَّرْطِ ، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ وَمَا عَدَا هَذِهِ الوُجُوهَ فَاسِدَةٌ ،

إلا ذلك القدر أو أقلّ منه ، فيؤدى إلى قطع الشركة فيبطل . قال (وإذا كانت الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر ، أو كانت الأرض لواحد والباقى لآخر ، أو كان العمل من واحد والباقى لآخر فهى صحيحة) لأنه استئجار للأرض أو للعامل . أما الأوّل فلأنه استئجار للعامل والبقر آلة العمل فكانت تابعة له لايقابلها أجرة كابرة الخياط . وأما الثانى فهو استئجار الأرض ببعض معلوم فصار كالدراهم المعلومة . وأما الثالث فهو استئجار العامل ليعمل بآلة المستعمل كما إذا شرط على الخياط أن يخيط بابرة صاحب الثوب (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) عملا بالتزامهما ، قال عليه الصلاة والسلام « المؤمنون عند شروطهم » (فان لم يخرج شىء فلا شىء للعامل) لأنها شركة فى الخارج ولا خارج وصار كالمضارب إذا لم يربح ، وإن كانت إجارة فقد عين الأجرة فلا يستحقّ غيرها ، بخلاف الفاسدة ، لأن أجر المثل يتعلق بالذمة فلا يفوت بفوات الخارج . قال (وما عدا هذه الوجوه فاسدة) وهى ثلاثة أيضا : وهى أن يكون البقر والآلات من ربّ الأرض والبذر من العامل ، أو يكون البذر من أحدهما والباقى من الآخر ، أو تكون الأرض من واحد والبقر من آخر والبذر من آخر والعمل من آخر . أما الأوّل فمذكور رواية الأصل وروى عن أبى يوسف رحمه الله جوازه لأنه استئجار الأرض ببعض الخارج فيجوز ويجعل البقر تبعا للأرض كما تجعل تبعا للعامل . وجه الظاهر أن منفعة البقر من جنس منفعة العامل لأن الكلّ عمل فأمكن جعلها تبعا للعامل وليست من جنس منفعة الأرض ، لأن منفعة الأرض قوّة فى طبعها بخلق الله تعالى يحصل بها النماء فلا يمكن جعلها تبعا . وأما الثانى فلأنه شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع . وأما الثالث فلما روى أن أربعة اشتركوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبل أحدهم الأرض ، ومن قبل الآخر البذر ، ومن قبل الآخر البقر ، ومن قبل الآخر العمل فأبطلها عليه الصلاة والسلام . قال أبو جعفر الطحاوى رحمه الله فى شرح الآثار : فزرعوا ثم حصدوا ثم أتوا النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فجعل الزرع لصاحب البذر ، وجعل لصاحب العمل أجرا معلوما ، وجعل لصاحب الفدان كل يوم درهما ، وألغى الأرض فى ذلك . ووجه آخر فاسد أيضا ، وهو أن يكون البذر والبقر من جانب والعمل والأرض من جانب ، لما مرّ فى الوجـــه الثانى .

وَإِذَا فَسَدَتْ فَالخَارِجُ لِصَاحِبِ البَذْرِ ، وَلِلآخَرِ أَجْرُ عَمَلِهِ أَوْ أَجْرُ أَرْضِهِ لايُزَادُ عَلَى قَدْرِ المُسَمَّى (م) ، وَلَوْ شَرَطَا التِّبْنَ لِرَبِّ البَذْرِ صَحَّ ، وَإِنْ شَرَطَاهُ لِلآخَرِ لايَصِحُّ ، وَإِنْ عَقَدَاهَا فَامْتَنَعَ صَاحِبُ البَذْرِ لَمْ يُجْبَرْ ، وَإِنِ امْتَنَعَ الآخَرُ أُجْبِرَ إِلا أَنْ يَكُونَ عُذْرٌ تُفْسَخُ بِهِ الإِجَارَةُ فَتُفْسَخُ بِهِ المُزَارَعَةُ ،

قال (وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لأنه نماء ملكه ، والآخر إنما يستحقه بالتسمية وقد فسدت (وللآخر أجر عمله) إن كان البذر من ربّ الأرض (أو أجر أرضه) إن كان البذر من قبل العامل (لايزاد على قدر المسمى) لأنه رضى بقدر المسمى . وقال محمد رحمه الله : تجب بالغة ما بلغ ، وقد سبق فى الإجارة . وإذا كان البذر لربّ الأرض فى المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لأنه نماء بذره فى أرضه ، وإن كان من العامل طاب له قدر بذره وقدر أجر الأرض ، وتصدّق بالفضل لأنه حصل من بذره لكن فى أرض مملوكة للغير بعقد فاسد أوجب خبثا ، فما كان عوض ماله طاب له وتصدّق بالفضل ، و إن شرطا عملهما جميعا فهى فاسدة ، لأن البذر إن كان من صاحب الأرض وقد شرط عمله لم توجد التخلية بين الأرض والعامل ، وقد بينا أنها شرط ؛ وإن كان من العامل فالعامل قد استأجر الأرض ، فاذا شرط عمل صاحبها لم يسلم له ما استأجر فيبطل ، ولو شرطا الخارج كله لأحدهما والبذر من صاحب الأرض جاز ، فان شرطاه له يكون مستعينا بالعامل ليزرع أرضه ، وإن شرطاه للعامل يكون إجارة للأرض وإقراضا للبذر منه ؛ وإن كان البذر من العامل فان شرطاه لربّ الأرض فسدت ، والخارج لربّ البذروعليه مثل أجر الأرض لأنه يصير مستأجرا للأرض بجميع الخارج وأنه يقطع الشركة ، وإن شرطاه للعامل جاز ويكون معيرا أرضه منه . قال (ولو شرطا التبن لربّ البذر صحّ) معناه بعد شرط الحبّ بينهما لأنه حكم العقد لأن التبن من البذر (وإن شرطاه للآخر لايصحّ) لأنه ربما لايخرج إلا التبن ، وهو إنما يستحقه بالشرط ، ولو شرطا الحبّ نصفين ولم يتعرّضا للتبن صحت الشركة فى المقصود ، والتبن لربّ البذر لأنه نماء بذره ، وقيل بينهما تبعا للحبّ ؛ ولو شرطا التبن لأحدهما والحبّ للآخر فهى فاسدة لأنه ربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب. قال (وإن عقداها فامتنع صاحب البذر لم يجبر) ولا شىء عليه من عمل الكراب فى القضاء ، ويلزمه ديانة أن يرضيه لأنه غرّه ؛ والأصل فيه أن المزارعة غير لازمة فى حقّ صاحب البذر لأنه لايمكنه الوفاء بالعقد إلا باتلاف ماله وهو البذر ، وهى لازمة فى حقّ الآخر ، لأن منفعة العامل أو منفعة الأرض صارت مستحقة للآخر فيجب عليه تسليمها . قال (وإن امتنع الآخر أجبر) لأن العقد لازم كالإجارة ولا ضرر عليه فى الوفاء به (إلا أن يكون عذر تفسخ به الإجارة فتفسخ به المزارعة) لأنها فى معنى الإجارة ؛ وإذا لزم ربّ الأرض دين واحتاج

وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ الكِرَابِ وَحَفْرِ الأَنْهَارِ ، وأُجْرَةُ الحَصَادِ وَالرِّفاعِ وَالدِّيَاسِ وَالتَّذْرِيَةِ عَلَيْهِما بِالحِصَصِ ، وَلَوْ شَرَطَا ذلكَ على العامِلِ لايَجُوزُ ؛ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ جَوَازُهُ وَعَلَيْهِ الفَتْوَى ؛ وَإِذَا ماتَ أَحَدُ المُتَعاقِدَيْنِ بَطَلَتْ ؛

إلى بيعها فيه باعها الحاكم كما فى الإجارة (وليس للعامل أن يطالبه بأجرة الكراب وحفر الأنهار) لأن المنافع إنما تتقوّم بالعقد وإنما قوّمت بالخارج وقد انعدم ؛ ولو نبت الزرع ولم يحصد لاتباع الأرض حتى يستحصد لما فيه من إبطال حقّ المزارع وتأخير حق ربّ الدين أهون ، ولا يحبسه القاضى لأنه ليس بظالم والحبس جزاء الظلم . قال (وأجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص) لأن العقد انتهى بانتهاء الزرع لحصول المقصود ، فبقى مالا مشتركا بينهما بغير عقد فتكون مئونته عليهما ؛ فان أنفق أحدهما بغير إذن الآخر ولا أمر القاضى فهو متبرّع ، إذ لاولاية له عليه (ولو شرطا ذلك على العامل لايجوز) وأصله أنه متى شرط فى المزارعة ما ليس من أعمالها فسدت ، لأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لأحدهما فصار كاشتراط الحمل عليه (وعن أبى يوسف جوازه ، وعليه الفتوى) للتعامل كالاستصناع ؛ ولو شرطا ذلك على ربّ الأرض لايجوز بالإجماع لعدم التعارف ، وإن شرطا ما هو من أعمال الزراعة لايفسدها ، وهو كلّ عمل ينبت ويزيد فى الخارج ، وما لاينبت ولا يزيد ليس من عملها ، وكلّ شرط ينتفع به ربّ الأرض بعد انقضاء المدّة يفسدها ، ككرى الأنهار ، وطرح السرقين فى الأرض ، وبناء الحائط ، وتثنية الكراب ؛ وقيل إن كانت المزارعة سنتين لاتفسد فى التثنية ، لأن منفعته لاتبقى ؛ وقيل إن كان فى الخضرة لاتفسد أيضا ، لأن منفعته لاتبقى بعدها ، فانه لو كرب مرارا لاتبقى منفعته بسقى واحد ، ولو بقيت فسدت .

واختلفوا فى التثنية ، قيل هو أن يكربها مرّتين وهو المشهور وفيه الكلام ؛ وقيل أن يكربها بعد الحصاد ويسلم الأرض مكروبة ، وهذا فاسد بكلّ حال ، فكل عمل قبل الإدراك مما يحصل به الخارج كالحفظ والسقى على العامل ، لأن رأس المال العمل ، وما بعد الإدراك قبل القسمة عليهما على ما ذكرنا كالحصاد وإخوته ، وما بعد القسمة كالحمل والطحن عليهما بالإجماع ؛ ولو أراد فصل الزرع قصيلا أو جذاذ الثمرة بسرا أو التقاط الرطب فهو عليهما ، لأنهما أنهيا العقد بعزمهما فصار كما بعد الإدراك . قال (وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت) لما مرّ فى الإجارة ، ولو مات ربّ الأرض والزرع لم يستحصد ترك حتى يحصد مراعاة للحقين وينتقض فيما بقى إن كان العقد على أكثر من سنة ، لأن

وَإِذَا انْقَضَتِ المُدَّةُ وَلَمْ يُدْرِكِ الزَّرْعُ فَعَلَى المُزَارِعِ أَجْرَةُ نَصِيبِهِ مِنَ الأَرْضِ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ ، وَنَفَقَةُ الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا حَتَّى يُسْتَحْصَدَ .

كتاب المساقاة

وَهِيَ كَالمُزَارَعَةِ فِى الخِلَافِ وَالحُكْمِ وَفِى الشُّرُوطِ إِلَّا المُدَّةَ ،

بقاءه فى السنة الأولى لما بينا من العذر ، وقد زال ولا ضرر فيه على العامل لما تقدّم ولو مات بعد ما كرب وحفر انقضت ، ولا شيء للعامل فى مقابلة عمله ، وقد مرّ قال (وإذا انقضت المدّة ولم يدرك الزرع فعلى المزارع أجرة نصيبه من الأرض حتى يستحصد) لأن إبقاء الزرع بأجرة المثل نظرا للجانبين . قال (ونفقة الزرع عليهما حتى يستحصد) لانتهاء العقد فصار عملا فى مال مشترك فيكون عليهما ؛ ولو مات ربّ الأرض والزرع بقل ، فالعمل على العامل لبقاء العقد ببقاء مدّته .

فصل

ومن سقى أرضه فسال من مائه إلى أرض غيره فغرقها أو نزت إليها فلا ضمان عليه . معناه : إذا سقاه سقيا معتادا ، أما إذا كان غير معتاد ضمن لأنه متعدّ ، لأنه تسبب لتغريق أرض الغير غالبا ، ولو كان فى أرضه جحر فأرة فخرج منه الماء إلى أرض جاره فغرقت إن لم يعلم به لم يضمن لعدم التعدّى ، وإن علم ضمن للتعدّى ، وعلى هذا إذا فتح رأس نهره فسال إلى أرض جاره فغرقت إن كان معتادا لايضمن وإلا ضمن ؛ وكذا لو أحرق الكلأ والحصائد فى أرضه فذهبت النار فأحرقت شيئا لغيره إن كان إيقادا معتادا لايضمن وإلا ضمن ؛ وقيل إن كان يوم ريح وعلم أن النار تتعدّى ضمن .

كتاب المساقاة

وتسمى معاملة ، مفاعلة من السقى والعمل ، وهى أن يقوم بما يحتاج إليه الشجر من تلقيح وعسف وتنظيف السواقى وسقى وحراسة وغير ذلك (وهى كالمزارعة فى الخلاف والحكم) وقد مرّ . قال (وفى الشروط إلا المدّة) والقياس أن تذكر المدّة لما فيها من معنى الإجارة ؛ وفى الاستحسان يجوز وإن لم يبينها ، وتقع على أوّل ثمرة تخرج ، لأن وقت إدراك الثمرة معلوم والتفاوت فيه قليل ويدخل فيه المتيقن ، بخلاف الزرع فانه يختلف كثيرا ابتداء وانتهاء ، ربيعا وخريفا وغير ذلك ، وفى الرطبة إدراك بذرها لأن له نهاية معلومة ، معناه : إذا دفعها بعد ما تناهى نباتها ولم تخرج البذر فيقوم عليها ليخرج البذر ،

وَإِنْ سَمَّيَا مُدَّةً لاتَخْرُجُ الثَّمَرَةُ فى مِثْلِها فَهِىَ فاسِدَةٌ ، وَإِنْ دَفَعَ نَخلاً أَوْ أُصُولَ رَطْبَةٍ لِيَقُومَ عَلَيْها وأَطْلَقَ لايَجُوزُ فى الرَّطْبَةِ إِلاَّ بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَتَجُوزُ المُساقاةُ فى الشَّجَرِ وَالكَرْمِ وَالرِّطابِ وأُصُولِ الباذِنْجانِ إِذَا كانَتْ تَزِيدُ بالسَّقْىِ وَالعَمَلِ وَتَبْطُلُ بالمَوْتِ .

أما إذا دفعها وقد نبتت ، أو دفع البذر ليبذره فهى فاسدة ؛ وإذ كان وقت جزّها معلوما جاز ، ويقع على الجزّة الأولى كالثمرة فى الشجر ؛ ولو دفع غرس شجر أو كرم قد علق ولم تبلغ الثمرة على أن يقوم عليه والخارج نصفان فهى فاسدة لجهالة المدة ، فانه يختلف بقوّة الأرض وضعفها ، ولا يدرى متى تحمل ، فان سميا مدة يعلم أنها تثمر فيه جاز . قال (وإن سميا مدة لاتخرج الثمرة فى مثلها فهى فاسدة) لفوات المقصود وهى الشركة فى الخارج وإن شرطا وقتا قد تدرك الثمرة فيه وقد تتأخر عنه فهى موقوفة لأنا لانتيقن بفوات المقصود ، فان أدركت فيه تبين أنها كانت جائزة ، وإن لم تدرك ففاسدة ، وله أجر مثله لفساد العقد ، وكذلك إن أخرجت فى تلك السنة مالا يرغب فيه ، وإن أحالك فى تلك السنة فلم تخرج شيئا فهى جائزة ، لأنه متى كان خروج الثمرة موهوما انعقدت موقوفة فلا تنقلب فاسدة . قال (وإن دفع نخلا أو أصول رطبة ليقوم عليها وأطلق لايجوز فى الرطبة إلا بمدة معلومة) لأنه ليس لها نهاية معلومة ، لأنها تنمو ما تركت فى الأرض فجهلت المدة ، ومعناه إذا لم يعلم وقت جوازها على ماتقدّم . قال (وتجوز المساقاة فى الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) لأن لعمله تأثيرا فى نمائه وجودته لعموم الحاجة فى الكلّ ، وأهل خيبر كانوا يعملون فى الأشجار والرطاب ، وإنما يجوز ذلك (إذا كانت تزيد بالسقى والعمل) كالطلع والبلح والبسر ونحو ذلك حتى يكون لعمله أثر يستحقّ به شيئا من الخارج حتى لو دفعها وقد انتهت الثمرة فى العظم ولا تزيد بعمله لايجوز ، لأنه لاأثر لعمله وهو إنما يستحقّ به ، ومتى فسدت المساقاة فله أجر مثله وقد بيناه ، وعلى هذا الزرع إن دفعه وهو بقل جاز ، وإن كان قد استحصد لايجوز . قال (وتبطل بالموت) لأنها فى معنى الإجارة وقد مرّ ، فان مات ربّ الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه حتى تدرك الثمرة ، وإن أبى الورثة ذلك دفعا للضرر عنه ولا ضرر عليهم فى ذلك ؛ ولوأراد العامل قطعه وإدخال الضرر على نفسه فالورثة بالخيار ، إما أن يقسموا البسر على الشرط ، أو يعطوه قيمة نصيبه بسرا ، أو ينفقوا على البسر ويرجعوا به على العامل ، لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم ، ودفعه متعين بما ذكرنا وإن مات العامل فلورثته أن يقوموا مقامه ، وإن كره رب الأرض لما ذكرنا وفيه نظر للجانبين وإن أرادوا قطعه بسرا فلصاحب الأرض الخيارات الثلاث على ما بينا ، وإن ماتا فورثة كلّ واحد كالمورث ونظيره فى المزارعة إذا مات المزارع وقد نبت الزرع

فلورثته أن يقوموا مقامه ، وإن أبى ربّ الأرض لما بينا وإن أرادوا قلعه فللمالك الخيارات الثلاث على ما بينا ، وإذا انقضت مدّة المساقاة فهو كالموت ، وللعامل أن يقوم عليها حتّى تدرك ولا أجر عليه ، بخلاف المزارعة ، لأن الأرض يجوز استئجارها ولا يجوز استئجار الشجر والعمل كله على العامل ، بخلاف المزارعة حيث تكون عليهما ، لأنه لاأجر عليه هنا ، فيكون العمل عليه حتّى ينتهى . أما فى المزارعة لما وجب عليه مثل نصف أجر الأرض لايستحقّ عليه العمل ، وتفسخ بالأعذار كما فى الإجارة ؛ ومما يختصّ بها من الأعذار كون العامل سارقا يسرق السعف والخشب والثمرة قبل الإدراك ، لأنه يلزم المالك ضرر لم يلتزمه ؛ ومنها مرض العامل إذا أعجزه عن العمل لأنه يلزمه الاستئجار بزيادة أجر وأنه ضرر لم يلتزمه ، وليس للمالك الفسخ بغير عذر لما بينا فى المزارعة أن المساقاة تلزم من الجانبين .

كتاب النكاح

وهو فى اللغة الضمّ والجمع ، ومن أمثالهم : أنكحنا الفرا فسنرى (١) : أى جمعنا بين حمار الوحش والأتان لننظر مايتولد منهما ، يضرب مثلا لقوم يجتمعون على أمر لايدرون ما يصدرون عنه . وحكى المبرّد عن البصريين وغلام ثعلب عن الكوفيين : أن النكاح عبارة عن الجمع والضمّ . وفى الشرع عبارة عن ضمّ وجمع مخصوص وهو الوطء ، لأن الزوجين حالة الوطء يجتمعان وينضمّ كلّ واحد إلى صاحبه حتّى يصيرا كالشخص الواحد ، وقد يستعمل فى العقد مجازا لما أنه يئول إلى الضمّ ، وإنما هو حقيقة فى الوطء ، فمتى أطلق النكاح فى الشرع يراد به الوطء لقوله عليه الصلاة والسلام « ولدت من نكاح » أى من وطء حلال ، وقوله « يحلّ للرجل من امرأته الحائض كلّ شيء إلا النكاح » وقد ورد فى أشعار العرب بمعنى الوطء أيضا . قال الأعشى :

ومنكوحة غير ممهورة ... وأخرى يقال له فادها

يعنى مسبية موطوءة بغير عقد ولا مهر . وقال آخر :

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا ... وأخرى على عمّ وخال تلهف

(١) قوله أنكحنا الفرا فسنرى ، قال فى مجمع الأمثال للميدانى فى كتابته على هذا المثل ما نصه : قاله رجل لامرأته حين خطب إليه ابنته رجل وأبى أن يزوّجه ، فرضيت أمها بتزويجه فغلبت الأب حتى زوّجها منه بكره وقال : أنكحنا الفرا فسنرى ، ثم أساء الزوج العشرة فطلقها . يضرب فى التحذير من سوء العاقبة اهـ .

النِّكاحُ حالَةَ الاعْتِدالِ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ مَرْغُوبَةٌ ، وَحالَةَ التَّوَقانِ وَاجِبٌ ، وَحالَةَ الخَوْفِ مِنَ الجَوْرِ مَكْرُوهٌ . وَرُكْنُهُ الإيجابُ وَالقَبُولُ . وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ ماضِيَيْنِ ، أوْ بِلَفْظَيْنِ أحَدُهُما ماضٍ وَالآخَرُ مُسْتَقْبَلٌ ، كَقَوْلِهِ زَوِّجْنِي ، فَيَقُولُ زَوَّجْتُكَ ؛

يعنى وطء المسبية بالرماح إلى غيرها من الأشعار الكثيرة ، وإنما يفهم منه العقد بقرينة قوله تعالى ـ فانكحوهن بإذن أهلهن ـ لأن الوطء لايتوقف على إذن الأهل ، وكذلك قوله تعالى ـ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ـ الآية ، لأن العقد هو الذى يختص بالعدد دون الوطء ، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم « لانكاح إلا بشهود » لأن الشهود لايكونون على الوطء ، ولأنهما حالة العقد مفترقان ، وإنما يطلق عليه النكاح لإفضائه إلى الضم كقوله تعالى ـ إنى أرانى أعصر خمرا ـ وهو عقد مشروع مستحب مندوب إليه ، ثبتت شرعيته بالكتاب وهو قوله تعالى ـ وأنكحوا الأيامى منكم ـ وقوله ـ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ـ وبالسنة قال صلى الله عليه وسلم « تناكحوا تكثروا فانى أباهى بكم الأمم يوم القيامة » وقال « النكاح سنتى فمن رغب عن سنتى فليس منى » والنصوص فى ذلك كثيرة والآثار فيه غزيرة ، وعلى شرعيته إجماع الأمة .

قال (النكاح حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة ، وحالة التوقان واجب ، وحالة الخوف من الجور مكروه) أما الأول فلما تقدم من النصوص ، فبعضها أمر وأنه يقتضى الترغيب والتأكيد على فعله ، وكذلك الحديث الثانى ناطق بكونه سنة ، ثم أكده حيث علق بتركه أمرا محذورا ، وأنه من خصائص التأكيد كما فى سنة الفجر ، ولأنه صلى الله عليه وسلم واظب عليه مدة عمره وأنه آية التأكيد . وأما الثانى فلأن حالة التوقان يخاف عليه أو يغلب على الظن وقوعه فى محرم الزنا ، والنكاح يمنعه عن ذلك فكان واجبا ، لأن الامتناع عن الحرام فرض واجب . وأما الثالث فلأن النكاح إنما شرع لما فيه من تحصين النفس ومنعها عن الزنا على سبيل الاحتمال وتحصيل الثواب المحتمل بالولد الذى يعبد الله تعالى ويوحده ، والذى يخاف الجور والميل يأثم بالجور والميل ويرتكب المنهيات المحرمات فينعدم فى حقه المصالح لرجحان هذه المفاسد عليها ، وقضيته الحرمة إلا أن النصوص لاتفصل فقلنا بالكراهة فى حقه عملا بالشبهين بالقدر الممكن (وركنه الإيجاب والقبول) لأن العقد يوجد بهما ، وركن الشىء ما يوجد به كأركان البيت . قال (وينعقد بلفظين ماضيين) كقوله زوجتك ، وقول الآخر تزوجت أو قبلت ، لأن هذا اللفظ يستعمل للإنشاء شرعا للحاجة ولا خلاف فيه (أو بلفظين أحدهما ماض ، والآخر مستقبل ، كقوله زوجنى ، فيقول زوجتك) لأن قوله زوجنى توكيل ، والوكيل يتولى طرفى النكاح على ما نبينه . وروى المعلى

وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ وَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالتَّمْلِيكِ وَالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ (ف)، وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ المُسْلِمِينَ إِلَّا بِحُضُورِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَلَا بُدَّ فِي الشُّهُودِ مِنْ صِفَةِ الحُرِّيَّةِ وَالإِسْلَامِ، وَلَا تُشْتَرَطُ العَدَالَةُ (ف)،

عن أبى يوسف عن أبى حنيفة لو قال : جئتك خاطبا ابنتك ، أو لتزوّجنى ابنتك ، أو زوّجنى ابنتك ، فقال الأب : قد زوّجتك فالنكاح لازم ، وليس للخاطب أن لايقبل ، ولا يشبه البيع لأن مبناه على المسامحة والمساهلة ، والبيع على المماكسة والمساومة ؛ ولو قال لها : أنا أتزوّجك ، فقالت قد فعلت ، جاز ولزم ، لأن قوله أتزوجك بمعنى تزوّجتك عرفا بدلالة الحال كما فى كلمة الشهادة ، ولو قال أتزوّجنى فقال الآخر زوّجتك لاينعقد النكاح لأنه استخبار واستيعاد لاأمر وتوكيل ، ولو أراد به التحقيق دون الاستخبار والسوم ينعقد به . قال (وينعقد بلفظ النكاح والتزويج) لأنهما صريح فيه . قال (والهبة والصدقة والتمليك والبيع والشراء) لأن هذه الألفاظ تفيد الملك ، وأنه سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة كما فى ملك اليمين والسببية من طرق المجاز . وأما لفظ الإجارة فروى ابن رستم عن محمد أنه لاينعقد بها ، وهو اختيار أبى بكر الرازى ، لأن الإجارة لاتفيد ملك المتعة ولأنها تنبئ عن التأقيت ، ولا تأقيت فى النكاح . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يجوز وهو اختيار الكرخى ، قال : لأن الله تعالى سمى المهر أجرا فينعقد بلفظ الإجارة كالإجارة . وعن محمد : لو قال : أوصيت لك بابنتى للحال ينعقد ، وإن أوصى بها مطلقا لاينعقد لأنها توجب الملك معلقا بشرط الموت ، والأصل فيه ما قاله أصحابنا : كلّ لفظ يصحّ لتمليك الأعيان مطلقا ينعقد به النكاح . وروى ابن رستم عن محمد أنه قال : كل لفظ يكون فى الأمة تمليكا للرقّ فهو نكاح فى الحرّة . قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور رجلين ، أو رجل وامرأتين ، ولا بدّ فى الشهود من صفة الحرية والإسلام ، ولا تشترط العدالة) فالشهود شرط لقوله عليه الصلاة والسلام « لانكاح إلا بشهود » وروى ابن عباس عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « الزانية التى تنكح نفسها بغير بينة » وأما صفة الشهود ، قال أصحابنا : كلّ من ملك القبول بنفسه انعقد العقد بحضوره ومن لا فلا ، وهذا صحيح لأن كلّ واحد من الشهادة والقبول شرط لصحة العقد فجاز اعتبار أحدهما بالآخر ، ولا بدّ فيه من اعتبار الحرّية والعقل والبلوغ فى الشاهد ، لأن العبد والصبىّ والمجنون ليسوا من أهل الشهادة لما مرّ فى الشهادات ولا يملكون القبول بأنفسهم ؛ ولا بدّ من اعتبار الإسلام فى نكاح المسلمين لعدم ولاية الكافر على المسلم ؛ ويجوز بشهادة رجل وامرأتين اعتبارا بالشهادة على المال على ما بيناه فى الشهادات ، وينعقد بحضور الفاسقين ، لأن النصّ لايفصل ولأنه يملك القبول بنفسه كالعدل ، ولأنه غير مسلوب الولاية عن نفسه فلا يسلبها عن غيره لأنه من جنسه ، ولأنه تحمل فيجوز ، لأن الفسق

وَيَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ العُمْيَانِ . وَإِذَا تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ جازَ (م) ، وَلا يَظْهَرُ عِنْدَ جُحُودِهِ .

وَيَحْرُمُ عَلى الرَّجُلِ نِكاحُ أُمِّهِ وَجَدَّاتِهِ وَبِنْتِهِ وَبَنَاتِ وَلَدِهِ وَأُخْتِهِ وَبِنْتِها وَبِنْتِ أَخِيهِ وَعَمَّتِهِ وَخالَتِهِ وأمِّ امْرأَتِهِ وَبِنْتِها إنْ دَخَلَ بِها وامْرأَةِ أَبِيهِ وأَجْدادِهِ وَبَنِيهِ وَبَنِى أَوْلادِهِ وَالجَمْعُ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ نِكاحا وَوَطْئا بِمِلْكِ يَمِينٍ ؛ وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضاعِ مَنْ ذَكَرْنا مِنَ النَّسَبِ .

يؤثر فى الشهادة للتهمة وذلك عند الأداء . أما التحمل فأمر مشاهد لاتهمة فيه ، وانعقاد النكاح لايتوقف على شهادة من يثبت بشهادته كمن ظاهره العدالة ولا يعلم باطنه ، ولهذا ينعقد بشهادة ابنيهما وابنيها من غيرها ، ولا يظهر بشهادتهم عند دعوى القريب لما أن العقد لايتوقف إلا على الحضور لاعلى من يثبت بشهادته . قال (وينعقد بشهادة العميان) لأنهم من أهل الشهادة حتى لو حكم بها حاكم جاز لأنه مجتهد فيه ، فان مالكا يجوّز شهادته وأبا يوسف يجيزها إذا تحملها بصيرا ، وإذا كان من أهل الشهادة صار كالبصير لأنه يملك القبول بنفسه ، والمحدود فى القذف إن تاب فهو من أهل الشهادة ، حتى لو حكم بشهادته حاكم جاز ، وإن لم يتب فهو فاسق وقد مرّ . قال (وإذا تزوّج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز ولا يظهر عند جحوده) وقال محمد : لايجوز لأنه لاشهادة للكافر على المسلم ، والسماع فى النكاح شهادة فصار كأنهم سمعوا كلام المرأة وحدها . ولهما أن العقد يثبت بشهادتهما لو جحدت ؛ وإذا جاز أن يثبت بشهادتهما فلأن ينعقد بحضرتهما أولى ، ولأن الانعقاد لايتوقف على سماع من يثبت به العقد لما مرّ ، ولأن سماع الكفار صحيح فى حقّ المسلم حتى لو أسلما بعد ما سمعا ذميين جازت شهادتهما ، ولأن الشهادة شرطت فى الانعقاد لإثبات الملك إظهارا لخطر المحل لا لوجوب المهر لما بينا وقد وجدت فيثبت الملك ، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلامه ، لأن العقد إنما ينعقد بكلامه والشهادة على العقد شرط .

فصل فى المحرمات

(ويحرم على الرجل نكاح أمه وجداته وبنته وبنات ولده وأخته وبنتها وبنت أخيه وعمته وخالته وأمّ امرأته وبنتها إن دخل بها وامرأة أبيه وأجداده وبنيه وبنى أولاده والجمع بين الأختين نكاحا ووطئا بملك يمين ، ويحرم من الرضاع من ذكرنا) ما يحرم (من النسب)

اعلم أن المحرّمات بكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم تسعة أقسام : بالقرابة ، وبالصهرية ، وبالرضاع ، وبالجمع ، وبالتقديم ، وبتعلق حقّ الغير به ، وبالملك ،

. . . .

وبالكفر ، وبالطلقات الثلاث . فالمحرّمات بالقرابة سبعة أنواع : الأمّهات وإن علون ، والبنات وإن سفلن ، والأخوات من أىّ جهة كنّ ، والخالات والعمات جميعهنّ ، وبنات الأخ وبنات الأخت وإن سفلن فهن محرّمات بنصّ الكتاب نكاحا ووطئا ، ودواعيه على التأبيد ، قال الله تعالى ـ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ـ نصّ على التحريم مطلقا فيقتضى حرمة جميع الأفعال فى المحلّ المضاف إليه التحريم إلا فعلا فيه تعظيم وتكريم فانه خارج عن الإرادة ، إما لأنه مأمور به بالنصوص الموجبة لصلة الرحم وبرّ الوالدين والإحسان بهما ، أو لوجوب ذلك عقلا ، أو بالإجماع . وما عداهنّ من القرابات محللات بقوله تعالى ـ وأحلّ لكم ما وراء ذلكم ـ . والمحرّمات بالصهرية أربعة : أمّ امرأته وبناتها ، فتحرم أمها بنفس العقد على البنت . قال تعالى ـ وأمهات نسائكم ـ مطلقا ، ولا تحرم البنت حتى يدخل بالأم ، قال تعالى ـ وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهنّ ـ الآية ، وتحرم الربيبة وإن لم تكن فى حجر الزوج ، وذكر الحجر فى الآية خرج مخرج العادة لا للشرط ، وكذا بنات بنت المرأة وبنات ابنها لدخولهنّ تحت اسم الربيبة ، وحليلة الابن وابن الابن وابن البنت وإن سفل حرام على الأب دخل الابن بها أو لم يدخل ، لقوله تعالى ـ وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ـ فلا يدخل فيه حليلة الابن المتبنى ، وحليلة الأب والجد من قبل الأب والأم وإن علا حرام على الابن ، قال تعالى ـ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ـ وفى كلّ موضع يحرم بالعقد إنما يحرم بالعقد الصحيح دون الفاسد ، لأن مطلق النكاح والزوجة والحليلة إنما ينطلق على الصحيح ، واسم الحليلة يتناول الزوجة والمملوكة ، غير أن الزوجة تحرم بمجرّد العقد ، والأمة لا تحرم إلا بالوطء ، لأن الفراش قائم مقام الوطء وهو موجود فى ملك النكاح دون ملك اليمين ، ولهذا لا يجوز أن يجمع بين الأختين بعقد النكاح وإن لم يطأ ، ويجوز ذلك فى ملك اليمين إذا لم يطأهما ؛ ولو كان له جارية فقال وطئتها حرمت على أبيه وابنه ، ولو قال ذلك فى جارية الغير لا تحرم أخذا بالظاهر فيهما ؛ ولو اشترى جارية من تركة أبيه وسعه وطؤها ما لم يعلم أن الأب وطئها ، ولو قصد امرأته ليجامعها وهى نائمة مع بنتها المشتهاة فوقعت يده على البنت فقرصها بشهوة يظنّ أنها زوجته حرمت عليه امرأته . والمحرّمات بالرضاع كلّ من تحرم بالقرابة والصهرية لقوله تعالى ـ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ـ وقال عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . والمحرّمات بالجمع : لا يحلّ للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة لقوله تعالى ـ مثنى وثلاث ورباع ـ نصّ على الأربع فلا يجوز الزيادة عليهنّ ؛

وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِى عَقْدٍ وَاحِدٍ فَسَدَ نِكَاحُهُمَا ، وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِى عُقْدَتَيْنِ وَلَا يَدْرِى أَيَّتُهُمَا أُولَى فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا ؛ وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا وَلَا رَابِعَةً حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ،

وروى « أن غيلان الديلمى أسلم وتحته عشر نسوة ، فأمره عليه الصلاة والسلام أن يمسك منهن أربعا ويفارق الباق » ويستوى فى ذلك الحرائر والإماء المنكوحات ، لأن النص لم يفصل . والجمع بين الإماء ملكا ووطئا حلال وإن كثرن ، قال تعالى ـ إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ـ مطلقا من غير حصر خرج عنه الزوجات بما ذكرنا فبقى الإماء على الإطلاق. ولا يجمع العبد بين أكثر من اثنتين لأن الرق منصف فينتصف ملك النكاح أيضا إظهارا لشرف الحرية ، ولا يجوز الجمع بين الأختين نكاحا ولابملك يمين وطئا لقوله تعالى ـ وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف ـ وقال عليه الصلاة والسلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه فى رحم أختين » ويجوز أن يجمع بينهما فى الملك دون الوطء ، لأن المراد بالنص حرمة الوطء إجماعا ، فان كان له أمة قد وطئها فتزوج أختها جاز النكاح لصدوره من أهله وإضافته إلى محله ، ولا يطأ الأمة لأن المنكوحة موطوءة حكما ، ولا يطأ المنكوحة حتى يحرم الأمة عليه فاذا حرمها وطئ المنكوحة ، وإن لم يكن وطئ المملوكة وطئ المنكوحة وحرمت المنكوحة حتى يفارق المنكوحة قال(ولو تزوج أختين فى عقد واحد فسد نكاحهما)لعدم أولوية جواز نكاح إحداهما (ولو تزوج أختين فى عقدتين ولا يدرى أيتهما أولى فرق بينه وبينهما) لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ، ولا وجه إلى التيقن لعدم الأولوية ، ولهما نصف المهر بينهما لجهالة المستحقة فيشتركان فيه ، فان تزوجهما على التعاقب فسد النكاح الأخيرة ويفارقها ، وإن علم القاضى بذلك فرق بينهما (وإذا طلق امرأته لايجوز أن يتزوج أختها ولا رابعة حتى تنقضى عدتها) وسواء كان الطلاق بائنا أورجعيا لبقاء نكاح الأولى من وجه ببقاء العدة والنفقة والسكنى ، والفراش القائم فى حق ثبوت النسب والمنع من الخروج والبروز والتزوج بزوج آخر ، فتثبت الحرمة أخذا بالاحتياط فى باب الحرمة ، والمعتدة إذا لحقت بدار الحرب مرتدة يحل للزوج نكاح أختها وأربع سواها لسقوط أحكام الإسلام عنها ، وعدة أم الولد إذا أعتقها مولاها تمنع نكاح أختها دون الأربع لأن فراشها قائم فيكون جامعا ماءه فى رحم أختين وأنه حرام بالحديث ، وحرمة الأربعة ورد فى النكاح ، وقالا : لا يمنع لأن له أن يتزوجها قبل العتق فكذا بعده ، لكن إذا عقد عليها لا يطؤها حتى تنقضى العدة . وجوابه أن فراشها قبل العتق ضعيف يقبل النقل إلى غيره بالنكاح وبعده لا فافترقا ، والعقد قائم

وَلا يُجْمَعُ بَيْنَ المَرأةِ وَعَمَّتِها أَوْ خالَتِها ، وَلا يَجُوزُ نِكاحُ الأمَةِ عَلى الحُرَّةِ وَلا مَعَها وَلا فى عِدَّتِها (سم) ، وَيَجُوزُ نِكاحُ الحُرَّةِ وَالأمَةِ عَلى الأمَةِ وَمَعَها وفى عِدَّتِها ؛ وَيَجُوزُ لِلحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعاً مِنَ الإماءِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أمَةً مَعَ القُدْرَةِ عَلى الحُرَّةِ ؛ وَلا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ زَوْجَةَ الغَيْرِ وَلا مُعْتَدَّتَهُ ، وَلا يَتَزَوَّجُ حامِلاً مِنْ غَيْرِهِ إلاَّ الزَّانيةَ (س ف) ، فانْ فَعَلَ لايَطَؤُها حَتّى تَضَعَ ؛ وَلا يَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَ أمَتَهُ وَلا المَرأةُ عَبْدَها ؛

مقام الوطء حتّى يثبت النسب منه فلا يجوز . قال (ولا يجمع بين المرأة وعمّتها أو خالتها) للحديث المشهور ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لاتنكح المرأة على عمّتها ولا على خالتها ولا على بنت أخيها ولا على بنت أختها ، فانكم إذا فعلتم ذلك فقد قطعتم أرحامهنّ » ويجوز أن يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبله لأنه لاقرابة بينهما . (و) المحرّمات بالتقديم (لايجوز نكاح الأمة على الحرّة ولا معها ولا فى عدّتها ، ويجوز نكاح الحرّة والأمة على الأمة ومعها فى عدتها) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتنكح الأمة على الحرّة وتنكح الحرّة عليها » وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز نكاح الأمة فى عدّة الحرّة من طلاق بائن لأنه ليس بنكاح عليها حتّى لو حلف لايتزوّج عليها لايحنث بهذا . ولأبى حنيفة أن نكاح الحرّة قائم من وجه على ما بينا ، واليمين مبناها على المقصود وهو عدم المزاحمة فى القسم وقد وجد ؛ ولو تزوّج فى عقد واحد أربعا من الإماء وخمسا من الحرائر جاز نكاح الإماء خاصة ، لأنه لايجوز نكاح واحدة من الحرائر لعدم الأولوية فيبطل نكاحهنّ فلم توجد المزاحمة (ويجوز للحرّ أن يتزوّج أربعا من الإماء) لأن قوله تعالى ـ ورباع ـ لايفصل (ويجوز أن يتزوّج أمة مع القدرة على الحرّة) لأن النصوص لاتفصل ، وهى قوله تعالى ـ وأحلّ لكم ما وراء ذلكم ـ وقوله سبحانه ـ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ـ وغير ذلك . (و) المحرّمات بتعلق حقّ الغير ف (لا يجوز أن يتزوّج زوجة الغير ولا معتدّته) قال عليه الصلاة والسلام « ملعون من سقى ماءه زرع غيره » ولأن ذلك يفضى إلى اشتباه الأنساب ، ولهذا لم يشرع الجمع بين الزوجين فى امرأة واحدة فى دين من الأديان . قال (ولا يتزوّج حاملا من غيره) لما ذكرنا (إلا الزانية ، فان فعل لايطؤها حتّى تضع) وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لما سبق من الحديث ، ولأنه حمل محترم حتّى لايجوز إسقاطه . ولهما أن الامتناع لئلا يسقى ماءه زرع غيره فى ثابت النسب لحقّ صاحب الماء ولا حرمة للزانى فدخلت تحت قوله تعالى ـ وأحلّ لكم ما وراء ذلكم ـ فان كان الحمل ثابت النسب كالحامل من السبى وحمل أم الولد من مولاها ونحوه فالنكاح فاسد لما بينا . (و) المحرّمات بالملك ف (لا يجوز أن يتزوّج أمته ولا المرأة عبدها) وملك بعض العبد فى هذا كملك كله ، وكذا حقّ الملك

وَلا يَجُوزُ نكاحُ المَجُوسيَّاتِ وَالوَثَنيَّاتِ وَلا وَطْؤهُنَّ بِمِلْكِ يَمِينٍ ، ويَجُوزُ تَزْوِيجُ الكتابيَّاتِ وَالصَّابئيَّاتِ (سم) . وَالزّنا يُوجِبُ حُرْمَةَ المُصَاهرَةِ ، وكَذَا المَسُّ بِشَهْوَةٍ منَ الجانبَيْنِ وَالنَّظَرُ إلى الفَرْجِ منَ الجانبَيْنِ أيْضًا .

كملوك المكاتب والمأذون ، لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح فلا فائدة فى إثبات الأضعف مع ثبوت الأقوى ، ولأن ملك النكاح يوجب لكل واحد من الزوجين على الآخر حقوقا ، والرقّ ينافى ذلك . (و) المحرّمات بالكفر ف (لا يجوز نكاح المجوسيات والوثنيات ولا وطؤهنّ بملك يمين) قال تعالى ـ ولا تنكحوا المشركات حتّى يؤمنّ ـ وقال صلى الله عليه وسلم « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » (ويجوز تزويج الكتابيات) لقوله تعالى ـ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ـ والذمية والحربية سواء لإطلاق النصّ ، والأمة والحرّة سواء لإطلاق المقتضى . (و) يجوز نكاح (الصابئيات) عند أبى حنيفة خلافا لهما ، وعلى هذا حلّ ذبائحهم ، وهذا بناء على اشتباه مذهبهم ، فعنده هم أهل كتاب يعظمون الكواكب ولا يعبدونها فصاروا كالكتابيات ، وعندهما يعبدون الكواكب وليسوا أهل كتاب . والمحرّمات بالطلقات الثلاث لقوله تعالى ـ فان طلقها فلا تحلّ له من بعد حتّى تنكح زوجا غيره ـ وعليه الإجماع . قال (والزنا يوجب حرمة المصاهرة) فمن زنى بامرأة أو وطئها بشبهة حرمت عليه أصولها وفروعها ، وتحرم الموطوءة على أصول الواطئ وفروعه (وكذا المسّ بشهوة من الجانبين والنظر إلى الفرج من الجانبين أيضا) والمعتبر النظر إلى فرجها الباطن دون الظاهر . روى ذلك عن أبى يوسف وهو الصحيح . وحكى الطحاوى إجماع السلف فى أن التقبيل واللمس عن شهوة يوجب حرمة المصاهرة ، والأصل فيه قوله تعالى ـ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ـ والحمل على الوطء أولى لما بينا أن النكاح حقيقة هو الوطء ، أو لأنه أعمّ فكان الحمل عليه أولى وأعمّ فائدة ، فيصير معنى الآية والله أعلم : ولا تطئوا ما وطئ آباؤكم مطلقا ، فيدخل فيه النكاح والسفاح ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « من زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها » وقال عليه الصلاة والسلام « من نظر إلى فرج امرأة بشهوة أو لمسها بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها وحرمت على ابنه وأبيه » وإذا ثبت هذا الحكم فى موطوءة الأب ثبت فى موطوءة الابن وفى وطء أمّ امرأته وسائر مايثبت بحرمة المصاهرة بالنكاح لأن أحدا لم يفصل بينهما ، ولأن الوطء سبب للجزئية بواسطة الولد ، ولهذا يضاف إليها كما يضاف إليه ، والاستمتاع بالجزء حرام ، والمسّ والنظر داع إلى الوطء فيقام مقامه احتياطا للحرمة . وكان الشيخ أبوالحسن الكرخى يقول : إن المراد من قوله ـ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ـ الوطء دون العقد لأنه حقيقة فى الوطء ، ولم يرد به العقد لاستحالة

وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا صَحَّ نِكَاحُ الْأُخْرَى ؛ وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمُحْرِمُ حَالَةَ الْإِحْرَامِ ؛ وَنِكَاحُ الْمُتْعَةِ وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ (ز) بَاطِلٌ .

كون اللفظ الواحد حقيقة ومجازا فى حالة واحدة ، والتحريم بالعقد ثبت بغير هذه الآية . وحدّ الشهوة أن تنتشر آلته بالنظر والمسّ ، وإن كانت منتشرة فتزداد شدّة ، والمجبوب والعنين يتحرّك قلبه بالاشتهاء ، أو يزداد اشتهاء ؛ ولو مسها وعليه ثوب إن منع وصول حرارتها إلى يده لاتثبت الحرمة ، وإن لم تمنع تثبت ؛ ولو أخذ يدها ليقبلها بشهوة فلم يفعل حرمت (١) على ابنه ؛ ولومسّ شعر امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبنتها لأنه من أجزاء بدنها . قال أبو حنيفة : إذا جامع صغيرة لايجامع مثلها فأفضاها لاتحرم عليه أمها . وقال أبو يوسف : تحرم ، ولوكانت ممن يجامع مثلها حرمت عليه أمها بالإجماع . لأبى يوسف أنه وطئ فى قبل فتحرم كوطء الكبيرة . ولهما أنه ليس بسبب للولد فصار كاللواطة ، أما الكبيرة يحتمل العلوق . قال (ومن جمع بين امرأتين إحداهما لايحلّ له نكاحها صح نكاح الأخرى) معناه : إذا تزوّجهما فى عقد واحد ، لأنه لامانع من نكاح الأخرى لاختصاص المبطل بتلك . قال (ويجوز أن يتزوج المحرم حالة الإحرام) لأن النبىّ عليه الصلاة والسلام تزوّج ميمونة وهو محرم . والمحظور الوطء ودواعيه ، لاالعقد ، وهو محمل ما روى أن النبىّ عليه الصلاة والسلام نهى أن ينكح المحرم . قال (ونكاح المتعة والنكاح المؤقت باطل) أما المتعة فلقوله تعالى ـ فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ـ وهذه ليست مملوكة ولا زوجة . أما المملوكة فظاهر ، وأما الزوجة فلعدم أحكام الزوجية من الإرث وانقطاع الحلّ بغير طلاق ولا مانع ، وقد صحّ عن علىّ رضى الله عنه « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام حرّم يوم خيبر متعة النساء ولحوم الحمر الأهلية » وما روى فى إباحتها ثبت نسخه بإجماع الصحابة ، وصحّ أن ابن عباس رجع إلى قولهم . وأما النكاح المؤقت فلأنه أتى بمعنى المتعة والعبرة للمعانى ، وسواء طالت المدّة أو قصرت ، لأن التأقيت هو المبطل وهو المغلب لجهة المتعة . وصورة نكاح المتعة أن يقول الرجل لامرأة : متعينى نفسك بكذا من الدراهم مدة كذا ، فتقول له : متعتك نفسى ، أو يقول : أتمتع بك ، ولا بدّ من لفظ التمتع فيه . وأما المؤقت فأن يتزوّجها بشهادة شاهدين مدة معلومة . وقال زفر : النكاح المؤقت صحيح ويبطل التأقيت ، لأن النكاح لايبطل بالشرط الفاسد ، وجوابه مامرّ .

---

(١) قوله حرمت : أى بمجرّد اللمس اهـ .

وعِبارَةُ النِّساءِ مُعْتَبَرَةٌ في النِّكاحِ حتَّى لَوْ زَوَّجَتِ الحُرَّةُ العاقِلَةُ البالِغَةُ نَفْسَها جازَ؛ وكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَتْ غَيْرَها بالوِلايَةِ أوِ الوَكالَةِ ، وكَذَا إذَا وكَّلَتْ غَيْرَها في تَزْوِيجِها ، أوْ زَوَّجَها غَيْرُها فأجازَتْ (م) .

فصـــل

(وعبارة النساء معتبرة فى النكاح حتى لوزوّجت الحرّة العاقلة البالغة نفسها جاز ، وكذلك لو زوّجت غيرها بالولاية أو الوكالة ، وكذا إذا وكلت غيرها فى تزويجها أو زوّجها غيرها فأجازت) وهذا قول أبى حنيفة وزفر والحسن ، وظاهر الرواية عن أبى يوسف . وقال محمد : لايجوز إلا باجازة الولىّ ، فان ماتا قبلها لايتوارثان ولا يقع طلاقه ولاظهاره ووطؤه حرام ، فان امتنع الولىّ من الإجازة ذكر الطحاوى عن محمد يجدّد القاضى العقد بينهما . وذكر هشام عن محمد فإن لم يجزه الولىّ أجيزه أنا ، وكان يومئذ قاضيا فصار عنه روايتان . وروى عنه أنه رجع إلى قول أبى حنيفة قبل موته بسبعة أيام . وحكى الفقيه أبو جعفر الهندوانى : أن امرأة جاءت إلى محمد قبل موته بثلاثة أيام وقالت : إن لى وليا وهو لايزوّجنى إلا بعد أن يأخذ منى مالا كثيرا ، فقال لها محمد : اذهبى فزوّجى نفسك ، وهذا يؤيد ما روى من رجوعه . وعن أبى يوسف فى غير رواية الأصول مثل قول محمد الأوّل . وفى رواية إن زوّجت نفسها من كفء لايتوقف ، وإن كان من غير كفء يتوقف على إجازة الولى . وجه عدم الجواز ما روت عائشة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل » وقوله عليه الصلاة والسلام « لانكاح إلا بولىّ » ولأنها كانت موليا عليها قبل البلوغ فى حقّ العقد والنفاذ لعدم رأيها ، فلو زال إنما يزول بما حدث لها من الرأى والعقل بالبلوغ ، وإنما حدث لها رأى وعقل ناقص ، ومن لم يحدث له رأى أصلا كمن بلغ مجنونا لاتزول عنه الولاية أصلا ، ومن حدث له عقل كامل ورأى وافر كالرجل تزول ولايته أصلا ، فاذا حدث الناقص فكأنه حدث من وجه دون وجه فثبتت لها إحدى الولايتين وهو الانعقاد دون النفاذ عملا بالشبهين ، ووجه الفسخ إذا لم يجز الولىّ أن النكاح إلى الأولياء بالحديث فيتوقف على إجازته ويرتدّ بردّه كما إذا عقد وتوقف على إجازتها ، فاذا بطل يجدّد القاضى النكاح . ووجه رواية هشام أنه عقد صدر من المالك وتوقف على إجازة صاحب الحقّ فلا ينفسخ بردّه كالراهن إذا باع الرهن وردّه المرتهن فانه لاينفسخ البيع حتى لو صبر المشترى إلى حين انفكاك الرهن نفذ ، وإذا بقى العقد أجازه القاضى إن امتنع الولىّ لظلمه بخلاف ماذكر من المسئلة لأن المرأة هى المالكة فتبطل بردها كما إذا باع المرتهن

. . . .

ورد الراهن . وجه قول أبي حنيفة قوله تعالى ـ حتى تنكح زوجا غيره ـ وقال تعالى ـ فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف ـ وفي آية أخرى ـ من معروف ـ أضاف النكاح والفعل إليهن ، وذلك يدل على صحة عبارتهن ونفاذها لأنه أضافه إليهن على سبيل الاستقلال إذ لم يذكر معها غيرها ، وهي إذا زوجت نفسها من كفء بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف فلا جناح على الأولياء في ذلك . وروى ابن عباس « أن فتاة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا نبي الله إن أبي زوجني من ابن أخ له ليرفع خسيسته وأنا له كارهة ، فقال لها : أجيزى ما صنع أبوك ، فقالت : لارغبة لي فيما صنع أبي ، قال : فاذهبي فانكحي من شئت ، فقالت : لارغبة لي عما صنع أبي يا رسول الله ولكني أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء » والاستدلال به من وجوه : أحدها قوله عليه الصلاة والسلام « فانكحي من شئت » . الثاني قولها ذلك ولم ينكر عليها فعلم أنه ثابت إذ لو لم يكن ثابتا لما سكت عنه . الثالث قوله « أجيزى ما صنع أبوك » يدل على أن عقده غير نافذ عليها ، وفيه دليل لأصحابنا على أن العقد يتوقف أيضا . وفي البخاري « أن خنساء بنت جزام أنكحها أبوها وهي كارهة فرده النبي عليه الصلاة والسلام » وروى أن امرأة زوجت بنتها برضاها ، فجاء الأولياء وخاصموها إلى علي رضي الله عنه ، فأجاز النكاح . وهذا دليل الانعقاد بعبارة النساء ، وأنه أجاز النكاح بغير ولي لأنهم كانوا غائبين لأنها تصرفت في خالص حقها ولا ضرر فيه لغيرها ، فينفذ كتصرفها في مالها والولاية في النكاح أسرع ثبوتا منها في المال ، ولهذا يثبت لغير الأب والجد ولا يثبت لهم في المال ولأن النكاح خالص حقها حتى يجبر الولي عليه عند طلبها وبذله لها ، وهي أهل لاستيفاء حقوقها ، إلا أن الكفاءة حق الأولياء فلا تقدر على إسقاط حقهم . وأما ما ذكر من الأحاديث فمعارضة بما روينا فإما أن يرجع إلى القياس وهو لنا على المال والرجل أو يوفق بين الحديثين فيحمل ما رويناه على الحرة العاقلة البالغة ، وما رويتموه على الأمة توفيقا ، كيف وقد ورد في بعض الروايات « أيما أمة نكحت نفسها » فيحمل المطلق على المقيد أو يرجح والترجيح معنا ، لأن ما ذكرناه سالم عن الطعن وما رواه مطعون فيه ، فقد حكى عن أبي العباس المروزي قال : سمعت يحيى بن معين يقول : ثلاثة أحاديث لم تثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام « كل مسكر حرام ، ومن مس ذكره فليتوضأ ، ولا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ووافقه على ذلك أحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه ، على أنا نقول : المرأة ولية نفسها فلا يكون نكاحا بلا ولي فلم قلتم إنها ليست وليا ؟ ولو قلتم ذلك استغنيتم عن الحديث ، وكذا الحديث الآخر فانه من رواية سليمان بن يسار عن الزهري وهو ضعيف

وَلا إجْبارَ عَلى البِكْرِ البالِغَةِ فى النِّكاحِ . وَالسُّنَّةُ لِلْوَلىّ أنْ يَسْتأمِرَ الْبِكْرَ قَبْلَ النِّكاحِ وَيَذْكُرَ لَهَا الزَّوْجَ فَيَقُولُ : إنَّ فُلانا يَخْطُبُكِ أوْ يَذْكُرُكِ ، فإذَا سَكَتَتْ فَقَدْ رَضِيَتْ ، وَلَوْ ضَحِكَتْ فَهُوَ إذْنٌ ، وَلَوْ بَكَتْ إنْ كانَ بِغَير صَوْتٍ فَهُوَ رِضًا ،

ضعفه البخارى وأسقط روايته . وروى أن مالكا وابن جريج سألا الزهرى عن هذا الحديث فلم يعرفه ، والراوى إذا أنكر الخبر دلّ على بطلانه كالأصول مع الفروع ، ولأن من مذهب عائشة رضى الله عنها جواز النكاح بعبارة النساء ، فانها زوّجت بنت أخيها عبدالرحمن حين غاب بالشام ، دلّ ذلك على عدم صحة الحديث وروايتها له أو على نسخه أو على رجحان ما ذكرنا ، وقوله الحادث لها رأى ناقص ، قلنا المعتبر فى باب الولاية مطلق العقل والبلوغ دون الزيادة والنقصان ، فإن الناس يتفاوتون فى الرأى والعقل تفاوتا فاحشا ، ولا اعتبار به فى باب الولاية ، فإن كامل العقل والرأى ولايته على نفسه وماله كولاية ناقصهما ، وكم من النساء من يكون أوفر عقلا وأشدّ رأيا من كثير من الرجال ، ولأن فى اعتبار ذلك حرجا عظيما وهو حرج التمييز بين الناس ، فعلم أن المعتبر أصل البلوغ والعقل وقد وجدا فى المرأة ، فيترتب عليهما ما يترتب عليهما فى الرجل قياسا على المال . قال (ولا إجبار على البكر البالغة فى النكاح) لقوله عليه الصلاة والسلام « البكر تستأمر فى نفسها فإن صمتت فهو إذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها » وقال عليه الصلاة والسلام « شاوروا النساء فى أبضاعهن ، قالت عائشة : يا رسول الله إن البكر لتستحى ، قال : إذنها صماتها » (والسنة للولىّ أن يستأمر البكر قبل النكاح ويذكر لها الزوج فيقول : إن فلانا يخطبك أو يذكرك ، فاذا سكتت فقد رضيت) لما روينا ، فاذا زوّجها من غير استئمار فقد أخطأ السنة ، فقد صحّ « أنه صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يزوّج فاطمة من علىّ رضى الله عنهما دنا إلى خدرها فقال : إن عليا يذكرك ثم خرج فزوّجها » (ولو ضحكت فهو إذن) لأنه دليل الرضا ، إلا إذا كان على وجه الاستهزاء (ولو بكت) فيه روايتان لأنه يكون عن سرور وعن حزن ، والمختار (إن كان بغير صوت فهو رضا) ويكون بكاء على فراق الأهل وكذا لو زوّجها بغير إذنها ثم بلغها ، يعتبر السكوت كما ذكرنا والبلوغ إليها أن يرسل إليها وليها رسولا يخبرها بذلك عدلا كان أو غير عدل ، فإن أخبرها فضولىّ فلا بدّ من العدد أو العدالة ، لأنه خبر يشبه الشهادة من وجه فيشترط أحد وصفى الشهادة . وعندهما لا يشترط ذلك لأنه خبر كسائر الأخبار ، وإن قال الولىّ : أزوّجك من فلان أو فلان فسكتت فأيهما زوّجها جاز ؛ ولو سمى جماعة إن كانوا يحصون فهو رضا ، وإلا لا يكون رضا ؛ ولو استأمرها فقالت غيره أحبّ إلىّ منه لا يكون إذنا ، ولو قالت ذلك بعد العقد يكون إذنا

وَلَوِ اسْتَأْذَنَهَا غَيْرُ الوَلِيِّ فَلا بُدَّ مِنَ القَوْلِ ؛ وَإِذْنُ الثَّيِّبِ بِالْقَوْلِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُذْكَرَ لَهَا الزَّوْجُ بِمَا تَعْرِفُهُ ، فَانْ زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِوَثْبَةٍ أَوْ جِرَاحَةٍ أَوْ تَعْنِيسٍ أَوْ حَيْضٍ فَهِيَ بِكْرٌ ، وَكَذَلِكَ إِنْ زَالَتْ بِزِنا (سم) ؛ وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ : بَلَغَكِ النِّكَاحُ فَسَكَتِّ ، فَقَالَتْ : بَلْ رَدَدْتُ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا وَلا يَمِينَ عَلَيْهَا (سم) ،

لأنه كلام يحتمل الإذن وعدمه فلا نثبت الإذن قبل العقد بالشكّ ولا نبطل العقد بالشك (ولو استأذنها غير الوليّ فلا بدّ من القول) لأن السكوت إنما جعل رضا عند الحاجة وهو استئمار الوليّ وعجزها عن المباشرة فلا يقاس عليه عدم الحاجة وهو من لايملك العقد ولا التفات إلى كلامه . قال (وإذن الثيب بالقول) قال عليه الصلاة والسلام « الثيب تستأمر » أى يطلب أمرها والأمر بالقول . وقال فى حقّ البكر « تستأذن » أى يطلب الإذن منها ، والإذن والرضا يكون بالسكوت . وقال عليه الصلاة والسلام « والثيب يعرب عنها لسانها » ولأن السكوت إنما جعل إذنا لمكان الحياء المانع من النطق المختصّ بالأبكار ، ويكون فيهنّ أكثر فلا يقاس عليها الثيب . قال (وينبغى أن يذكر لها الزوج بما تعرفه) لعدم تحقق الرضا بالمجهول.وقال بعضهم : يشترط تسمية قدر الصداق أيضا لاختلاف الرغبات باختلافه . قال (فان زالت بكارتها بوثبة أو جراحة أو تعنيس أو حيض فهى بكر) لأنها فى حكم الأبكار حتى تدخل تحت الوصية لهم بالإجماع ومصيبها أوّل مصيب (وكذلك إن زالت بزنا) عند أبى حنيفة ، وقالا : تزوّج كما تزوّج الثيب لأن مصيبها عائد إليها إذ هو من التثويب وهو العود مرّة بعد أخرى ، وله أنه لو اشترط نطقها فان لم تنطق تفوتها مصلحة النكاح ، وإن نطقت والناس يعرفونها بكرا فتتضرّر باشتهار الزنا عنها فيكون حياؤها أكثر فتتضرّر على كل حال ، فوجب أن لايشترط دفعا للضرر عنها حتى لو كانت مشتهرة بذلك بأن أقيم عليها الحدّ أو اعتادته وتكرّر منها ، أو قضى عليها بالعدّة تستنطق بالإجماع لزوال الحياء وعدم التضرّر بالنطق ؛ ولو مات زوج البكر أو طلقها قبل الدخول تزوّج كالأبكار لبقاء البكارة والحياء (ولو قال الزوج : بلغك النكاح فسكتّ ، فقالت : بل رددت فالقول قولها) لأنها منكرة تملك بضعها والبينة بينته لأنه يدعيه (ولا يمين عليها) عند أبى حنيفة خلافا لهما وقد مرّ فى الدعوى ، ولو ادّعت ردّ النكاح حين أدركت وادّعى الزوج السكوت فالقول قوله لأنه منكر زوال ملكه عنها ؛ وإن زوّجت نفسها وزوّجها الوليّ برضاها فأيهما قالت هو الأوّل صحّ لصحة إقرارها على نفسها دون إقرار الأب ؛ وإن قالت لاأدرى لم يثبت واحد منهما لعدم إمكان الجمع وعدم أولوية أحدهما ؛ ولو تزوّجها على أنها بكر فوجدها ثيبا يجب جميع المهر لأن البكارة لاتصير مستحقة بالنكاح ؛ ولو زوّجها وليها

وَيَجُوزُ لِلْوَلِيِّ إِنْكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُزَوِّجِ أَبًا أَوْ جَدًّا فَلَا خِيَارَ لَهُمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ ، وَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُهُمَا فَلَهُمَا الْخِيَارُ (س)

فبلغها فردّت ، ثم قال لها إن جماعة يخطبونك فقالت أنا راضية بما تفعل فزوّجها الأوّل لايجوز ، لأن قولها أنا راضية بما تفعل ينصرف إلى غيره دلالة؛ ومثله لو قال لرجل كرهت صحبة فلانة فطلقتها فزوّجنى امرأة ، فزوّجه تلك المرأة لايجوز ؛ وكذلك لو باع عبده ثم أمر إنسانا أن يشترى له عبدا فاشترى ذلك العبد لايجوز . قال (ويجوز للولىّ إنكاح الصغير والصغيرة والمجنونة) لقوله عليه الصلاة والسلام « ألا لايزوّج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء » وقال عليه الصلاة والسلام « النكاح إلى العصبات » والبالغات خرجن بما سبق من الأحاديث فبقى الصغار « والنبىّ عليه الصلاة والسلام تزوّج عائشة رضى الله عنها وهى بنت سبع سنين وبنى بها وهى بنت تسع » وعلىّ رضى الله عنه زوّج ابنته أم كلثوم من عمر وهى صغيرة ، ولأن النكاح يتضمن المصالح وذلك يكون بين المتكافئين والكفء لايتفق فى كل وقت ، فمست الحاجة إلى إثبات الولاية على الصغار تحصيلا للمصلحة وإعدادا للكفء إلى وقت الحاجة ، والقرابة موجبة للنظر والشفقة فينتظم الجميع ، إلا أن شفقة الأب والجد أكثر فيكون عقدهما لازما لاخيار فيه ، وشفقة غيرهما لما قصرت عنهما قلنا بالانعقاد وثبوت الخيار عند البلوغ ، فان رآه غير مصلحة فسخه (ثم إن كان المزوّج أبا أو جدا فلا خيار لهما بعد البلوغ) لوفور شفقتهما وشدّة حرصهما على نفعهم فكأنهم باشروه بأنفسهم ، ولأن النبىّ صلى الله عليه وسلم ما خير عائشة رضى الله عنها حين بلغت (وإن زوّجهما غيرهما فلهما الخيار) إن شاءا أقاما على النكاح ، وإن شاءا فسخا وقال أبويوسف : لاخيار لهما كالأب والجد . وجوابه ما ذكرنا من قصور شفقتهم عن شفقة الأب والجد ، وذلك مظنة وقوع الخلل فى المقصود من النكاح فيثبت الخيار لدفع الخلل لو كان ، ثم سكوت البكر عند بلوغها رضا إذا علمت بالنكاح ، ولا يمتدّ إلى آخر المجلس كما فى الابتداء ، ولو بلغت بعد الدخول فلا بد من القول والتصريح بالرضا أو بالرد لأنها ثيب كما فى الابتداء وكذا الغلام ، ولا بدّ فى الفسخ من القضاء لأن العقد قد تمّ وثبتت أحكامه فلا يرتفع إلا برفع من له ولاية وهو القاضى أو بتراضيهما ، ولأنه لرفع ضرر خفىّ وهو وقوع الخلل فى العقد فيكون إلزاما فاحتاج إلى القضاء ، ويشمل الذكر والأنثى لشمول المعنى لهما ، ويشترط علمهما بالنكاح دون الحكم لأن العقد ينفرد به الولىّ فيعذران فى الجهل . أما الحكم فالدار دار الإسلام فلا عذر فى الجهل ، بخلاف خيار العتق حيث لايحتاج إلى القضاء لأنه دفع ضرر ظاهر وهو زيادة الملك ويقتصر على الأنثى ، لأن زيادة الملك فى حقها دونه ويمتدّ إلى آخر المجلس لأنه جواب التمليك قال عليه الصلاة والسلام

وَلا خِيارَ لِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فى عَيْبٍ إلاَّ فى الجَبِّ وَالعُنَّةِ وَالخِصاءِ ، وَالوَلِىُّ العَصَبَةُ عَلى تَرْتِيبِهِمْ فى الإرْثِ والحَجْبِ ثُمَّ مَوْلى العَتاقَةِ . وَلِلأُمِّ وأقارِبِها التَّزْوِيجُ ، ثُمَّ مَوْلى المُوَالاةِ ، ثُمَّ القاضِي (سم) ؛

« ملكت بضعك فاختارى » وتعذر فى الجهل بحكم الخيار لأنها مشغولة بخدمة المولى فلا تتفرغ للعلم ، وإذا اختارت الفسخ فى خيار البلوغ ففرق القاضى فهى فرقة بغير طلاق ، ولأنه فسخ ثبت ضرورة دفع اللزوم فلا يكون طلاقا ولهذا يثبت لها ولا مهر لها إن كان قبل الدخول لأن المراد من الفسخ رفع مئونات العقد ، وإن كان بعد الدخول فلها المسمى لأنه استوفى المفقود عليه ، وكذا لو اختار الغلام قبل الدخول لا مهر عليه ، وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج ولا مهر عليه إلا هذه (١) . والوجه فيه أنه لو وجب المهر لما كان فى الخيار فائدة لأنه قادر على الفرقة بالطلاق ، فلما ثبت الخيار علمنا أنه ثبت لفائدة وهى سقوط المهر ؛ ولو مات أحدهما قبل البلوغ أوبعده قبل التفريق ورثه الآخر لصحة العقد وثبوت الملك به وقد انتهى بالموت (ولا خيار لأحد الزوجين فى عيب إلا فى الجب والعنة والخصاء) على مايأتى فى موضعه إن شاء الله تعالى. قال (والولى العصبة) لقوله عليه الصلاة والسلام « النكاح إلى العصبات » وهم (على ترتيبهم فى الإرث والحجب ثم مولى العتاقة) لأنه آخر العصبات على ما عرف فى الفرائض . قال (وللأم وأقاربها التزويج ، ثم مولى الموالاة ، ثم القاضى) أما الأم وأقاربها فمذهب أبى حنيفة ، وروى عنه وهو قولهما ليس لهم ذلك لما روينا ، ولأن الولاية تثبت دفعا للعار بعدم الكفء . وذلك إلى العصبات لأنهم هم الذين يعيرون بذلك . ولأبى حنيفة أن الأصل فى هذه الولاية إنما هو القرابة الداعية إلى الشفقة والنظر فى حقّ المولى عليه ، وذلك يتحقق فى كل من هو مختص بالقرابة . وشفقة الأم أكثر من شفقة غيرها من الأباعد من أبناء الأعمام ، وكذلك شفقة الجد لأم والأخوال ، ولأن الأم أحد الأبوين فتثبت الولاية لها كالآخر ، وهو مروى عن علىّ

(١) يرد على هذه القاعدة ما لو تزوّج مكاتبة وجعل مهرها جارية ، ثم تزوّج الأمة التى جعلت مهرا ، ثم طلق المكاتبة قبل الدخول فانه ينفسخ العقد فى الجارية لعود ملك نصف الجارية إلى ملكه ، فانه يصدق أن الفرقة جاءت من قبله بالطلاق مع أن مهر الجارية عليه ويرد عليه أيضا مالو تزوّج أمة ثم اشتراها فانه ينفسخ العقد لدخول الجارية فى ملكه ، فصدق أن الفرقة جاءت من قبله بسبب الشراء مع أن مهر الجارية عليه . ويمكن الجواب بأن مراد الشارح يكون الفرقة من قبله أن تكون من قبله قصدا ، والفرقة فى هاتين المسئلتين ليست من قبله قصدا بل فى ضمن الطلاق فى المسئلة الأولى ، وفى ضمن الشراء فى المسئلة الثانية . كذا بهامش نسخة مخطوطة .

وَلا وِلايَةَ لِعَبْدٍ وَلا صَغِيرٍ وَلا مَجْنُونٍ وَلا كافِرٍ عَلى مُسْلِمَةٍ ، وَابْنُ المَجْنُونَةِ يُقَدَّمُ عَلى أَبِيها (م) ؛ وَإِذا غابَ الوَلِيُّ الأَقْرَبُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً لايَنْتَظِرُ الكُفْءُ الخاطِبُ حُضُورَهُ زَوَّجَها الأَبْعَدُ (ز) ،

وابن مسعود رضى الله عنهما . والأصل أن كل قرابة يتعلق بها الوارث يتعلق بها ثبوت الولاية لأنها داعية إلى الشفقة والنظر كالعصبات إلا أنهم تأخروا عن العصبات لضعف الرأى وبعد القرابة كما فى الإرث ، وأما الحديث فانه يقتضى النكاح إلى العصبات عند وجودهم ، أما عند عدمهم فالحديث ساكت عنه فنقول : ينتقل إلى ما هو فى معنى العصبات فى الشفقة فلا يكون حجة علينا بل لنا ، وتمامه يعرف فى الفرائض فى فصل ذوى الأرحام . وأما مولى العتاقة فلأنه وارث مؤخر عن ذوي الأرحام فكذا فى الولاية ولأنه عصبة على ما عرف فى الفرائض . وأما القاضى فلقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولى من لا ولى له » . قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا كافر على مسلمة) أما العبد فلأنه لا ولاية له على نفسه فكيف يلى غيره ؟ وكذا الصبى والمجنون لأنهما لا نظر لهما ولا خبرة وهذه ولاية نظرية وأما الكافر فان الولاية تقتضى نفوذ قول الولى على المولى عليه ، ولا نفاذ لقول الكافر على المسلم كما فى الشهادة ، قال الله تعالى ـ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ـ وتثبت له الولاية على ولده الكافر ، قال تعالى ـ والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ـ ولهذا تقبل شهادة بعضهم على بعض . قال (وابن المجنونة يقدم على أبيها) فى ولاية النكاح . وقال محمد : يقدم الأب لأنه أشفق ولهما أن التقديم هنا بالعصوبة والابن مقدم فى العصوبة كما فى الإرث . قال (وإذا غاب الولى الأقرب غيبة منقطعة لا ينتظر الكفء الخاطب حضوره زوجها الأبعد) واختلفوا فى الغيبة المنقطعة ، فعن أبى يوسف مسيرة شهر ، وعن محمد من الكوفة إلى الرىّ خمس عشرة مرحلة ، وعنه من بغداد إلى الرىّ عشرون مرحلة . وفصل ابن شجاع ذلك فقال : إذا كان فى موضع لا تصل إليه القوافل والرسل فى السنة إلا مرة واحدة فهى غيبة منقطعة . قال القدورى : وهذا صحيح لأن الخاطب لا ينتظر سنة ولا يعلم هل يجيب الولى أم لا ، وقد ينتظر بعض السنة فلذلك قدره بهذا . وقال زفر : إذا كان فى مكان لا يدرى أين هو فهو غيبة منقطعة وهذا حسن لأنه إذا كان لا يدرى أين هو لا يمكن استطلاع رأيه فتفوت المصلحة ، وقيل ثلاثة أيام ، والمختار ما ذكره فى الكتاب لأنه تفوت المصلحة باستطلاع رأيه وانتظاره . وقال زفر : لا يزوجها الأبعد لأن ولاية الأقرب قائمة حتى لو زوجها حيث هو جاز . ولنا أنه لو لم ينتقل إلى الأبعد تتضرر الصغيرة لأنه يفوت الكفء الحاضر وقد لا يتفق الكفء مرة أخرى فوجب أن ينتقل دفعا لهذا الضرر ، ولأن الغائب عاجز عن تدبير مصالح النكاح فيفوت مقصود الولاية لأنها نظرية

وَلَوْ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ فَالأَوَّلُ أَوْلَى ، وَإِنْ كَانَا مَعًا بَطَلَا ، وَيَجُوزُ لِلأَبِ وَالجَدِّ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَهُ بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ وَابْنَتَهُ بِأَقَلَّ (سم) ، وَمِنْ غَيْرِ كُفْءٍ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِهِمَا ، وَالوَاحِدُ يَتَوَلَّى طَرَفَيِ العَقْدِ وَلِيًّا كَانَ أَوْ وَكِيلًا ، أَوْ وَلِيًّا وَوَكِيلًا أَوْ أَصِيلًا وَوَكِيلًا ، أَوْ وَلِيًّا وَأَصِيلًا .

ولا نظر فى ذلك . وأما إذا زوّجها ففيه روايتان ، قيل لا يجوز لانقطاع ولايته ، وقيل يجوز لظهور الانتفاع برأيه ، ولأنا إنما أسقطنا ولايته دفعا للضرر عن الصغيرة ، فاذا زوّجها ارتفع الضرر فعادت الولاية بعد ارتفاعها ، ولا ينتقل إلى السلطان لأنه ولىّ من لاولىّ له بالحديث . وهذه لها أولياء إذ الكلام فيه . قال (ولو زوجها وليان فالأوّل أولى) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أنكح الوليان فالأول أولى » ولأنه لما سبق فقد صحّ فلا يجوز نكاح الثانى ، وهذا لأن سبب الولاية القرابة وهى لاتتجزى ، والحكم الثابت به أيضا لايتجزى فصار كل واحد منهما كالمنفرد فأيهما عقد جاز كالأمان (وإن كانا معا بطلا) لتعذّر الجمع وعدم أولوية أحدهما . قال (ويجوز للأب والجدّ أن يزوّج ابنه بأكثر من مهر المثل وابنته بأقلّ ومن غير كفء ، ولا يجوز ذلك لغيرهما) وقالا : لايجوز ذلك للأب والجد أيضا إلا أن يكون نقصانا يتغابن فى مثله ، ولا ينعقد العقد عندهما لأن هذه الولاية نظرية ولا نظر فى ذلك ، ولهذا لايجوز ذلك فى المال . ولأبى حنيفة أن النكاح عقد عمر ، وهو يشتمل على مقاصد وأغراض ومصالح باطنة ، فالظاهر أن الأب مع وفور شفقته وكمال رأيه ما أقدم على هذا النقص إلا لمصلحة تربو وتزيد عليه هى أنفع من القدر الفائت من المال والكفاءة ، بخلاف المال لأن المقصود المالية لاغير ، وبخلاف غير الأب والجدّ لأنهم أنقص شفقة ، وبخلاف ما إذا زوّج أمة الصغير لعدم الجابر فى حقه لأن مقاصد النكاح لم تحصل للصغير ، وبخلاف ما إذا تزوجت المرأة وقصرت فى مهرها حيث للأولياء الاعتراض عليها عنده حتى يتمّ لها مهر مثلها أو يفارقها لأنها سريعة الانخداع ضعيفة الرأى ، فتفعل ذلك متابعة للهوى لالتحصيل المقاصد ، لأن النساء قلما ينظرن فى عواقب الأمور ومصالحها . وقال أبو يوسف ومحمد : لااعتراض عليها لأن المهر حقها ، ولهذا كان لها أن تهبه فلأن تنقصه أولى . ولأبى حنيفة أن المهر إلى عشرة دراهم حقّ الشرع فلا يجوز التنقيص منه شرعا حتى لو سمى أقلّ من عشرة فلها عشرة وإلى مهر مثلها حق الأولياء لأنهم يعيرون بذلك فلهم مخاصمتها إلى تمامه ، والاستيفاء حقها فان شاءت قبضته وإن شاءت وهبته . قال (والواحد يتولى طرفى العقد وليا كان أو وكيلا ، أو وليا ووكيلا ، أو أصيلا ووكيلا ، أو وليا وأصيلا) أما الولىّ من الجانبين كمن زوّج ابن ابنه بنت ابن له آخر أو بنت أخيه ابن أخ له آخر أوأمته عبده ونحو ذلك والوكيل ظاهر . وأما الولىّ والوكيل بأن وكله رجل

وَيَنْعَقِدُ نِكاحُ الفُضُولِىِّ مَوْقُوفا كالبَيْعِ إذا كانَ مِنْ جانِبٍ وَاحِدٍ ، أمّا مِنْ جانِبَيْنِ (س) أوْ فُضُولِيًّا مِنْ جانبٍ أصِيلاً مِنْ جانِبٍ فَلا .

والكَفاءَةُ تُعْتَبَرُ فى النِّكاحِ فى النَّسَبِ

أن يزوّجه بنته الصغيرة ، أو وكلته امرأة أن يزوّجها من ابنه الصغير . وأما الوكيل والأصيل بأن وكلته امرأة أن يزوّجها من نفسه . وأما الولىّ والأصيل أن يزوّج ابنة عمه الصغيرة من نفسه . وصورته أن يقول : اشهدوا أنى زوّجت فلانة من فلان ، أوفلانة منى ، أو تزوّجت فلانة ، ولا يحتاج إلى القبول لأنه تضمن الشطرين . وقال زفر : لايجوز ذلك لأنه لايمكن أن يكون الواحد مملكا ممتلكا كالبيع . ولنا أنه معبر وسفير والمانع من ذلك فى البيع رجوع الحقوق إلى العاقد فيجرى فيه التمانع ، لأنه لايمكن أن يكون الواحد مُطالبا ومطالبًا فى حقّ واحد ، وهنا الحقوق لاترجع إليه فلا تمانع . قال (وينعقد نكاح الفضولى موقوفا كالبيع إذا كان من جانب واحد ، أما من جانبين أو فضوليا من جانب أصيلا من جانب فلا) أما الفضولى من جانب بأن يزوّج امرأة بغير أمرها رجلا وقبل الرجل ، أو رجلا بغير أمره امرأة فقبلت ، فانه ينعقد ويتوقف على إجازة الغائب. وأما من الجانبين فهو أن يقول : اشهدوا أنى زوّجت فلانة من فلان وهما غائبان بغير أمرهما فهذا لاينعقد . وقال أبو يوسف : ينعقد موقوفا على إجازتهما ، والفضولى من جانب أصيل من جانب بأن يقول الرجل : اشهدوا أنى قد تزوّجت فلانة وهى غائبة ولم يقبل عنها أحد ، فهذا أيضا على الخلاف ؛ ولو جرى بين فضوليين جاز باتفاقنا ، وذكرنا فى البيوع الدليل على انعقاد تصرّفات الفضولى . لأبى يوسف فى الخلافية أنه لوكان وكيلا انعقد ونفذ ، فاذا كان فضوليا ينعقد ويقف . ولهما أن هذا شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس كما إذا كان أصيلا ، بخلاف الوكيل لأنه معبر فينقل كلامه إليهما ، وكلام الفضوليين عقد تامّ فلا يقاس عليه ، ولو زوّج الأب ابنه الكبير فجنّ قبل الإجازة فأجازة الأب جاز ونفذ لثبوت الولاية عليه وقت الإجازة .

فصـــل

(والكفاءة تعتبر فى النكاح) وتعتبر فى الرجال للنساء للزومه فى حقهنّ ، ولأن الشريفة تعير ويغيظها كونها مستفرشة للخسيس ، ولا كذلك الرجل لأنه هو المستفرش . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « ألا لايزوّج النساء إلا الأولياء ، ولايزوّجن إلامن الأكفاء » ولأن المصالح إنما تتم بين المتكافئين غالبا فيشترط ليتمّ المقصود منه . قال وتعتبر (فى النسب) فقريش بعضهم أكفاء لبعض لايكافئهم غيرهم من العرب ، والعرب بعضهم أكفاء

وفى الدِّين وَالتَّقْوَى وفى الصَّنائِعِ وفى الحُرِّيَّةِ وفى المَالِ ، وَمَنْ لَهُ أَبٌ فى الإِسْلامِ أَوِ الحُرِّيَّةِ لايُكَافِئُ مَنْ لَهُ أَبَوَانِ ، وَالأَبَوَانِ (س) وَالأَكْثَرُ سَوَاءٌ ،

لبعض لايكافئهم الموالى ، قال عليه الصلاة والسلام « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض » وقال عليه الصلاة والسلام « والموالى بعضهم أكفاء لبعض » ولا يعتبر التفاضل فى قريش وإن كان أفضلهم بنو هاشم لما روينا ، ولأن النبىّ عليه الصلاة والسلام زوّج ابنته عثمان وكان عبشميا أمويا ، وعلىّ رضى الله عنه زوّج ابنته عمر رضى الله عنه وكان عدويا . قال محمد : إلا أن يكون نسبا مشهورا كبيت الخلافة تعظيما لها . قال (وفى الدين والتقوى) حتى إن بنت الرجل الصالح لو تزوّجت فاسقا كان للأولياء الردّ لأنه من أفجر الأشياء وأنها تعير بذلك ، وقوله عليه الصلاة والسلام « عليك بذات الدين تربت يداك » إشارة إلى أنه أبلغ فى المقصود . وقال محمد : لايعتبر إلا أن يكون فاحشا كمن يصفع ويسخر منه أو يخرج سكران ويلعب به الصبيان لأنه من أمور الآخرة فلا يبتنى عليه أحكام الدنيا ، ولأن الأمير النسيب كفء للدنية ، إن كان لايبالى بما يقولون فيه ولا يلحقها به شين ، بخلاف الفاحش لأنه يلحقها به شين . وعن أبى يوسف إذا كان الفاسق ذا مروءة فهو كفء ، وهو أن يكون متسترا لأنه لايظهر فلا يلتحق بها الشين . قال (وفى الصنائع) لأن الناس يعيرون بالدنىء منها . وعن أبى حنيفة أنه غير معتبر فانه يمكن الانتقال عنها فليست وصفا لازما . وعن أبى يوسف لايعتبر إلا أن يفحش كالحائك والحجام والكناس والدباغ فانه لايكون كفوًا لبنت البزاز والعطار والصيرفى والجوهرى . قال (وفى الحرّية) فلا يكون العبد كفوًا للحرّة لأنها تعير به فانه نقص وشين . قال (وفى المال) وهو ملك المهر المعجل والنفقة فى ظاهر الرواية حتى لووجد أحدهما دون الآخر لايكون كفوًا ، لأن بالنفقة تقوم مصالح النكاح ويدوم الازدواج فلا بدّ منه ، والمهر بدل البضع فلا بدّ من إيفائه ؛ والمراد به ما تعارف الناس تعجيله حتى يسمونه نقدا والباقى بعده تعارفوه مؤجلا . وعن أبى يوسف إن كان يملك المهر دون النفقة ليس بكفء ، وإن كان يملك النفقة دون المهر فهو كفء لأن المهر تجرى فيه المساهلة ، ويعدّ الرجل قادرا عليه بقدرة أبيه . أما النفقة لابدّ منها فى كل وقت ويوم . وفى النوادر عن أبى حنيفة ومحمد : امرأة فائقة فى اليسار زوّجت نفسها ممن يقدر على المهر والنفقة ردّ عقدها . وقال أبو يوسف : إذا كان قادرا على إيفاء ما يعجل ويكتسب ما ينفق عليها يوما بيوم كان كفوًا لها ، ولااعتبار بما زاد على ذلك لأن المال غاد ورائح . قال (ومن له أب فى الإسلام أو الحرّية لايكافئ من له أبوان) لأن النسب بالأب وتمامه بالجد (والأبوان والأكثر سواء) لما بينا . وعند أبى يوسف الواحد والأكثر سواء ، وقد سبق فى الدعوى ، ومن أسلم بنفسه لايكون كفوًا

وَإِذَا تَزَوَّجَتْ غَيْرَ كُفْءٍ فَلِلْوَلِيِّ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ قَبَضَ الْوَلِيُّ الْمَهْرَ أَوْ جَهَّزَ بِهِ أَوْ طَالَبَ بِالنَّفَقَةِ فَقَدْ رَضِيَ ، وَإِنْ سَكَتَ لَا يَكُونُ رِضًى ، وَإِنْ رَضِيَ أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ فَلَيْسَ (س) لِغَيْرِهِ مِمَّنْ هُوَ فِى دَرَجَتِهِ أَوْ أَسْفَلَ مِنْهُ الِاعْتِرَاضُ ، وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ مِنْهُ فَلَهُ ذَلِكَ ،

لمن له أب واحد فى الإسلام لأن التفاخر بالإسلام ، والكفاءة فى العقل ، قيل لاتعتبر ، وقيل تعتبر ، فلا يكون المجنون كفؤا للعاقلة . قال (وإذا تزوّجت غير كفء فللولىّ أن يفرّق بينهما) دفعا للعار عنه ، والتفريق إلى القاضى كما تقدم فى خيار البلوغ ، وما لم يفرّق فأحكام النكاح ثابتة ، ولا يكون الفسخ طلاقا لأن الطلاق تصرّف فى النكاح وهذا فسخ لأصل النكاح ، ولأن الفسخ إنما يكون طلاقا إذا فعله القاضى نيابة عن الزوج وهذا ليس كذلك ، ولهذا لايجب لها شىء من المهر إن كان قبل الدخول لما بينا ، وإن دخل بها فلها المسمى وعليها العدّة ولها نفقة العدّة للدخول فى عقد صحيح . قال (فان قبض الولىّ المهر أو جهز به أوطالب بالنفقة فقد رضى) لأن ذلك تقرير للنكاح،وأنه رضى كما إذا زوّجها فمكنت الزوج من نفسها (وإن سكت لايكون رضى) وإن طالت المدّة ما لم تلد لأن السكوت عن الحقّ المتأكد لايبطله لاحتمال تأخره إلى وقت يختار فيه الخصومة (وإن رضى أحد الأولياء فليس لغيره ممن هو فى درجته أو أسفل منه الاعتراض وإن كان أقرب منه فله ذلك) وقال أبو يوسف : للباقين حقّ الاعتراض لأنه حقّ ثبت لجماعتهم فاذا رضى أحدهم فقد أسقط حقه وبقى حقّ الباقين . ولنا أن هذا فيما يتجزأ وهذا لايتجزأ وهو دفع العار فجعل كل واحد منهما كالمنفرد كما مرّ ، وهذا لأنه صحّ الإسقاط فى حقه فيسقط فى حقّ غيره ضرورة عدم التجزى كالعفو عن القصاص وصار كالأمان ، بخلاف ما إذا رضيت لأن حقها غير حقهم ، لأن حقها صيانة نفسها عن ذلّ الاستفراش ، وحقهم فى دفع العار ، فسقوط أحدهما لايقتضى سقوط الآخر . وروى الحسن عن أبى حنيفة إذا تزوّجت بغير كفء لم يجز . قال شمس الأئمة السرخسى : وهو أحوط فليس كلّ ولىّ يحسن المرافعة إلى القاضى ، ولا كل قاض يعدل ، فكان الأحوط سدّ هذا الباب (١) . ولو انتسب إلى غير نسبه فتزوّجته إن كان النسب المكتوم أفضل لاخيار لها ولا للأولياء كما إذا اشتراه على أنه معيب فاذا هو سليم ، وإن كان دونه فلها ولهم الخيار ، وإن رضيت فلهم الخيار لما تقدّم ، وإن كان دونه إلا أنه كفء بالنسب المكتوم فلا خيار للأولياء لأنه كفء لهم فلا عار عليهم ولها الخيار لأنه شرط لها زيادة منفعة ، وقد فاتت فيثبت الخيار كما إذا اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فوجده لايحسنه ، وهذا لأن الاستفراش ذلّ

---

(١) قال فى الخانية : هذا أصحّ وأحوط ، والمختار للفتوى فى زماننا .

وَإنْ نَقَصَتْ مِنْ مَهْرِ مِثْلِها فَلِلأَوْلِياءِ أنْ يُفَرِّقُوا أوْ يُتَمِّمَهُ .

المَهْرُ أقَلُّهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ أوْ مَا قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ وَلا يَجُوزُ أن يَكُونَ إلاَّ مالاً ،

فى جانبها ، وهى إنما رضيت باستفراش من هو أفضل منها ، وإن كانت هى التى غرّته فلا خيار له لأنه لايفوته شيء من المصالح ، والكفاءة ليست بشرط من جانبها ، وهو قادر على الطلاق وصار كالجب والعنة والرتق . وعن أبى بكر الرازى وأبى الحسن الكرخى أنه لاتعتبر الكفاءة ، وهو مذهب مالك لقوله تعالى ـ إنا خلقناكم من ذكر وأنثى ـ إلى أن قال ـ إن أكرمكم عند الله أتقاكم ـ وقال عليه الصلاة و السلام « لىس لعربىّ على عجمىّ فضل إلا بالتقوى » وقال عليه الصلاة والسلام لأبى هريرة « لو كان لى بنت لزوجتك » وروى « أن بلالا خطب امرأة من الأنصار فأبوا أن يزوجوه ، فقال له عليه الصلاة والسلام : قل قل لهم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمركم أن تزوجونى » وجوابه ما تقدم ، ولأن المراد بالآية حكم الآخرة لا الدنيا ، لأن التقوى لايعلم حقيقتها إلا الله وثوابها فى الآخرة وكذا قوله عليه الصلاة والسلام المراد به الفضل عند الله تعالى وهو جواب الحديث ، ويجب الحمل عليه توفيقا بين الأدلة . قال (وإن نقصت من مهر مثلها فللأولياء أن يفرقوا أويتممه) ولا إشكال فى ذلك على قولهما لأنه يجوز نكاح المرأة بغير إذن وليها أما على قول محمد فلا إشكال أيضا على رواية رجوعه . إلى قول أبى حنيفة ، وعلى قول الأول فيه إشكال لأنه لايصح نكاحها عنده إلا باذن الولى . قالوا : صورته إذا أكره الولى المرأة على النكاح بدون مهر المثل ثم زال الإكراه فأجازت النكاح فللأولياء الاعتراض عند أبى حنيفة خلافا لهما على ما تقدم .

فصـــل

(المهر أقله عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم ، ولا يجوزأن يكون إلا مالا) والأصل فيه قوله تعالى ـ وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ـ علق الحلّ بشرط الابتغاء بالمال فلا يحل دونه ، وسقوطه بالطلاق قبل الدخول عند عدم التسمية لايدل على عدمه لأنه يشبه الفسخ ، وسقوط العوض عند وجود الفسخ لايدل على عدم الوجوب ، ولأن سقوطه يدل على ثبوته إذ لايسقط إلا ما ثبت ولزم ، والتنصيف بالطلاق قبل الدخول ثبت نصا على خلاف القياس ، والمذكور فى الآية مطلق المال فكان مجملا ، والنبى عليه الصلاة والسلام فسره بالعشرة فقال فيما رواه عنه جابر وعبد الله بن عمر « لامهر أقل من عشرة دراهم » ولأن المهر ثبت حقا لله تعالى حتى لايكون النكاح بدونه ، ولونفاه أو سكت عنه ، ولهذا كان لها المطالبة بالفرض والتقدير وأنه ينبئ على وجود الأصل ،

فانْ سَمَّى أقَلَّ مِنْ عَشْرَةٍ فَلَها عَشْرَةٌ (ز) ، وَمَنْ سَمَّى مَهْرًا لَزِمَهُ بالدخُولِ وَالمَوْتِ ، وَإنْ طَلَّقَها قَبْلَ الدُّخُولِ لَزِمَهُ نِصْفُهُ ، وَإنْ لَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْرًا أوْ شَرَطَ أنْ لامَهْرَ لَهَا فَلَها مَهْرُ المِثْلِ بالدخُولِ وَالمَوْتِ وَالمُتْعَةُ بالطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلا تَجِبُ إلاَّ لِهَذِهِ ، وَتُسْتَحَبُّ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ سِوَاها . وَالمُتْعَةُ دِرْعٌ وَخِمارٌ وَمِلْحَفَةٌ يُعْتَبَرُ ذلكَ بِحالِهِ ، وَلا تُزَادُ عَلى قَدْرِ نِصْفِ مَهْرِ المِثْلِ ،

وما ثبت لحقّ الله تعالى يدخله التقدير كالزكاة . قال (فان سمى أقلّ من عشرة فلها عشرة) وقال زفر : لها مهر المثل لأنه سمى ما لايصلح مهرا فصار كعدم التسمية . ولنا أن العشرة لاتتبعض فى حكم العقد ، فتسميته بعضه كتسميته كله كالطلقة ، وكما إذا تزوّج نصفها ، لأن الشرع أوجبه إظهارا لخطر النكاح ، ولا يظهر بأصل المال لتناوله الحقير منه ، وما أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة ، ولأنها حطت عنه ما تملكه وما لاتملكه ، فيسقط ما تملكه وهو الزيادة على العشرة ، ولا يسقط ما لاتملكه وهو تمام العشرة ، كما إذا أسقط أحد الشريكين الدين المشترك يصحّ فى نصيبه خاصة . قال (ومن سمى مهرا لزمه بالدخول والموت) أما الدخول فلأنه تحقق به تسليم المبدل ، وبالموت يتقرّر النكاح بانتهائه فيجب البدل (وإن طلقها قبل الدخول لزمه نصفه) لقوله تعالى ـ فنصف ما فرضتم ـ . قال (وإن لم يسمّ لها مهرا أو شرط أن لامهر لها فلها مهر المثل بالدخول والموت والمتعة بالطلاق قبل الدخول) لأن النكاح صحّ فيجب العوض لأنه عقد معاوضة ، والمهر وجب حقا للشرع على ما بينا ، والواجب الأصلى مهر المثل لأنه أعدل فيصار إليه عند عدم التسمية ، بخلاف حالة التسمية لأنهم رضوا به ، فان كان أقلّ من مهر المثل فقد رضيت بالنقصان ، وإن كان أكثر فقد رضى بالزيادة . قال عليه الصلاة والسلام « المهر ما تراضى عليه الأهلون » وقد صحّ أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق الأشجعية بمهر المثل ، وقد تزوّجت بغير مهر ومات عنها قبل الدخول . وأما وجوب المتعة بالطلاق قبل الدخول فلقوله تعالى فيه ـ ومتعوهنّ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ـ قال (ولا تجب إلا لهذه) لأنها قائمة مقام نصف المهر وهى خلف عنه فلا تجتمع مع الأصل فى حقّ غيرها ، ولهذا لو كانت قيمتها أكثر من نصف مهر المثل وجب نصف مهر المثل ولا ينقص من خمسة دراهم (وتستحبّ لكلّ مطلقة سواها) قال (والمتعة درع وخمار وملحفة) هكذا ذكره ابن عباس وعائشة رضى الله عنهما (يعتبر ذلك بحاله) لقوله تعالى ـ على الموسع قدره ـ (ولا تزاد على قدر نصف مهر المثل) لأن النكاح الذى سمى فيه أقوى ، فاذا لم يجب فى الأقوى أكثر من نصف المهر لايجب فى الأضعف بطريق الأولى

وَإِنْ زَادَهَا فِى الْمَهْرِ لَزِمَتْهُ الزِّيَادَةُ ، وَتَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ (س) ، وَإِنْ حَطَّتْ مِنْ مَهْرِهَا صَحَّ الْحَطُّ ، وَالْخَلْوَةُ الصَّحِيحَةُ فِى النِّكَاحِ الصَّحِيحِ كَالدُّخُولِ ، وَكَذَلِكَ الْعِنِّينُ وَالْخَصِيُّ وَالْمَجْبُوبُ (سم) . وَالْخَلْوَةُ الصَّحِيحَةُ أَنْ لَايَكُونَ ثَمَّ مَانِعٌ مِنَ الْوَطْءِ طَبْعًا وَشَرْعًا ، فَالْمَرَضُ الْمَانِعُ مِنَ الْوَطْءِ مِنْ جِهَتِهِ أَوْ جِهَتِهَا مَانِعٌ طَبْعًا ، وَكَذَلِكَ الرَّتْقُ وَالْقَرْنُ والْحَيْضُ وَالْإِحْرَامُ وَصَوْمُ رَمَضَانَ وَصَلَاةُ الْفَرْضِ .

قال (وإن زادها فى المهر لزمته الزيادة) لما مرّ فى البيوع فى الزيادة فى الثمن والمثمن (وتسقط بالطلاق قبل الدخول) وعند أبى يوسف تتنصف بالطلاق قبل الدخول ، لأن عنده المفروض بعد العقد كالمفروض فيه . وعندهما التنصيف يختصّ بالمفروض فيه . وأصله أنه إذا تزوّجها ولم يسمّ لها مهرا ثم اصطلحا على تسمية فهى لها إن دخل بها أو مات عنها ، وإن طلقها قبل الدخول فالمتعة . وقال أبو يوسف : يتنصف ما اصطلحا عليه لقوله تعالى ـ فنصف ما فرضتم ـ . ولهما أن هذا تعيين لما وجب بالعقد من مهر المثل ، ومهر المثل لايتنصف ، فكذا ما يقوم مقامه ، والفرض المعروف هو المفروض فى العقد ، وهو المراد بالنصّ . قال (وإن حطت من مهرها صحّ الحطّ) لأنه خالص حقها بقاء واستيفاء فتملك حطه كسائر الحقوق . قال (والخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح كالدخول) لما روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » وروى زرارة بن أبى أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم أنه إذا أرخى سترا أو أغلق الباب فلها الصداق كاملا وعليها العدّة . وقال عمر رضى الله عنه : فيه ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم ، ولأنه عقد على المنافع فيستقرّ بالتخلية كالإجارة ولأنها سلمت المبدل إليه فيجب لها البدل كالبيع (وكذلك العنين والخصىّ) لما ذكرنا (و) كذلك (المجبوب) وقالا : يجب عليه نصف المهر لوجود المانع قطعا وهو أعجز من المريض ، وله أن المستحقّ له فى هذا العقد إنما هو السحق (١) وقد سلمت إليه ذلك (والخلوة الصحيحة أن لايكون ثم مانع من الوطء طبعا وشرعا ، فالمرض المانع من الوطء من جهته أو جهتها مانع طبعا ، وكذلك الرتق والقرن) وكذا إذا كان يخاف زيادة المرض ، فانه لايعرى عن نوع فتور (والحيض) مانع شرعا وطبعا إذ الطباع السليمة تنفرمنه (والإحرام) بالحجّ أو العمرة فرضا أو نفلا (وصوم رمضان وصلاة الفرض) مانع شرعا . أما الإحرام

---

(١) أى الوطء .

وفى النِّكاحِ الفاسدِ لايجبُ إلاَّ مَهْرُ المِثْلِ ، ولا يجبُ إلاَّ بالدُّخُولِ حقيقةً ، ولا يتجاوزُ بهِ المُسَمَّى ، ويَثْبُتُ فيهِ النَّسَبُ .

وإنْ تزوَّجها على خمرٍ أوْ خنزيرٍ ، أوْ على هذا الدَّنِّ منَ الخلِّ (سم) فإذا هُوَ خمرٌ ، أوْ على هذا العبدِ فإذا هُوَ حرٌّ ، أوْ على خدمتهِ سنةً (س) ، أوْ تعليمِ القرآنِ جازَ النِّكاحُ (م) ، ولها مهرُ المِثْلِ .

فلما يلزمه من الدم ، وفى الصوم لما يلزمه من الكفارة والقضاء ، بخلاف التطوّع فانه يجوز إفطاره بعذر يتعلق بحق الآدمى كالضيافة ، ولا كذلك رمضان والمنذور والقضاء فيه روايتان ؛ وقيل فى صوم يوم التطوّع روايتان ، وكذلك السنن إلا ركعتى الفجر والأربع قبل الظهر لشدّة تأكيدهما با لوعيد على تركهما ، والمكان الذى تصحّ فيه الخلوة أن يأمنا فيه اطلاع غيرهما عليهما حتى لو خلا بها فى مسجد أو حمام أو طريق أو على سطح لاحجاب له فليست صحيحة ، وكذلك لو كان معهما أعمى أو صبىّ يعقل أو مجنون أو كلب عقور أو منكوحة له أخرى أواجنبية ؛ وفى الأمة فيه روايتان ، وعليها العدّة فى جميع ذلك احتياطا لأنها حقّ الشرع . قال (وفى النكاح الفاسد لايجب إلا مهر المثل ، ولا يجب إلا بالدخول حقيقة) لأن الحرمة قائمة وأنها مانعة شرعا ، فلا يجب إلا باستيفاء منافع البضع حقيقة ، وإنما يجب مهر المثل لأنه لما فسد المسمى صرنا إلى مهر المثل ، إذ هو الموجب الأصلى لما مرّ (ولا يتجاوز به المسمى) لأن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوّم بالتسمية ، فان نقصت عن مهر المثل لاتجب الزيادة عليهما لعدم التسمية ، وإن زادت لاتجب الزيادة لفساد التسمية بخلاف البيع الفاسد حيث تجب القيمة بالغة ما بلغت لأنه مال متقوّم فيتقدر بدله بقيمته (ويثبت فيه النسب) لأنه مما يحتاط فى إثباته ، وأوّل مدّته وقت الدخول ، بخلاف النكاح الصحيح حيث يعتبر من وقت العقد ، لأن الصحيح داع إلى الوطء فأقيم العقد مقامه ، والفاسد ليس بداع لما بينا من الحرمة فلا يقام العقد مقامه ، وعليها العدّة احتياطا وتحرّزا عن اشتباه النسب ، وأوّلها يوم التفريق لأنها وجبت لشبهة النكاح ، والشبهة إنما ترتفع بالتفريق

فصل

(وإن تزوّجها على خمر أو خنزير ، أو على هذا الدنّ من الخل فاذا هو خمر ؛ أو على هذا العبد فاذا هو حرّ ؛ أو على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن جاز النكاح ولها مهر المثل) أما الخمر والخنزير فلأنه شرط فاسد فيلغو ، والنكاح لايبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف البيع ، وإذا بطلت التسمية صارت كالعدم فيجب مهر المثل لما تقدّم . وأما الدنّ فكذلك

وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ بِإِذْنِ مَوْلاهُ عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً جَازَ وَلَهَا الخِدْمَةُ ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ وَفَّى فَلَهَا المُسَمَّى ،

عند أبى حنيفة ، لأن الإشارة أبلغ فى التعريف من التسمية فصار كأنه تزوّجها على الخمر ، وقالا : لها مثل وزنه خلا ، وكذلك العبد عند أبى حنيفة لما مرّ . وقال أبو يوسف : يجب فيه مثل قيمته لو كان عبدا لأنه أطمعها فى مال وقد عجز عن تسليمه فيجب قيمته أو مثله كما إذا تزوّجها على عبد الغير . وقال محمد : يجب مهر المثل لأن الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه ، لأن المسمى موجود فى المشار إليه ذاتا ، ألا يرى أنه لو اشترى فصا على أنه ياقوت أحمر فاذا هو أخضر انعقد العقد لاتحاد الجنس ، وإن كان المسمى من خلاف جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمسمى لأنه ليس موجودا فيه لاذاتا ولا صفة ، ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج لاينعقد العقد لاختلاف الجنس ، وفيما نحن فيه العبد والحرّ جنس واحد فيتعلق العقد بالمشار إليه كأنه تزوّجها على حرّ فيلزمه مهر المثل. أما الخلّ والخمر جنسان لتفاحش التفاوت بينهما فيتعلق العقد بالمسمى وهو الخلّ فيلزمه ؛ وأما إذا تزوّجها على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن فمذهبهما وجوب مهر المثل . وقال محمد : لها قيمة خدمته لأنه مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة فصار كما إذا تزوّجها على عبد الغير فانه تجب القيمة . ولهما أن الخدمة ليست بمال لأنها لاتستحقّ بحال فصار كتسمية الخمر ، وهذا لأن تقوّم المنافع بالعقد ، فاذا لم يجب تسليمها فيه لم يظهر تقوّمها فيصار إلى مهر المثل لما بينا أو نقول المشروع الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع لما بينا ، أو نقول تعليم القرآن واجب فلا يجوز أن يكون مهرا كتعليم الشهادتين ، بخلاف خدمة العبد لأنها مال فانها تتضمن تسليم رقبته ، ولأن استحقاق الزوجة خدمة الزوج قلب الموضوع ، لأن توقير الزوج واجب عليها وفى استخدامه إهانته . قال (وإذا تزوّج العبد باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها الخدمة) لأنها مال على ما بينا ولا مناقضة فانه يخدم المولى معنى حيث كان بأمره ؛ ولو تزوّجها على خدمة حرّ آخر ، الصحيح أنه يصحّ إذ لامناقضة ، وترجع بقيمة خدمته على الزوج ، ولو تزوّجها على أن يرعى غنمها أو يزرع أرضها فيه روايتان والفرق على إحداهما أنه لامناقضة لأنه من باب القيام بمصالح الزوجية ؛ ولو جمع بين ماهو مال وما ليس بمال ، فإن وفى المال بالعشرة فهو لها لاغير ، وإن لم يف فلها تمام مهر مثلها كما لو تزوّجها على عشرة دراهم ورطل من خمر فلها العشرة ولا يكمل لها مهر المثل ؛ ولو تزوّجها على عيب عبد اشتراه منها جاز ، فان كانت قيمة العيب عشرة فهو لها وإلا يكمل عشرة . قال (وإن تزوّجها على ألف على أن لايتزوّج عليها،فان وفى فلها المسمى) لأنه

وَإِلاَّ فَمَهْرُ مِثْلِهَا ، وَإِنْ قَالَ عَلَى أَلْفٍ إِنْ أَقَامَ بِهَا ، وَأَلْفَيْنِ إِنْ أَخْرَجَهَا ، فَإِنْ أَقَامَ فَلَهَا الْأَلْفُ ، وَإِنْ أَخْرَجَهَا فَمَهْرُ مِثْلِهَا (سم ز) ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى هَذَا الْعَبْدِ أَوْ هَذَا فَلَهَا أَشْبَهُهُمَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ (سم) ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ بَيْنَهُمَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ (سم) ؛ وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ ، فَإِنْ سَمَّى نَوْعَهُ كَالْفَرَسِ جَازَ ، وَإِنْ لَمْ يَصِفْهُ وَلَهَا الْوَسَطُ ، فَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهَا ذَلِكَ ، وَإِنْ شَاءَ قِيمَتَهُ ؛ وَالثَّوْبُ مِثْلُ الْحَيَوَانِ ، إِلاَّ أَنَّهُ إِنْ ذَكَرَ وَصْفَهُ لَزِمَهُ تَسْلِيمُهُ ،

يصلح مهرا وقد تراضيا به (وإلا فمهر مثلها) لأنها ما رضيت بالألف إلا مع ما ذكر لها من المنفعة فيكمل لها مهر المثل لأنها لم ترض به فكأنه ما سمى ، ولو تزوّجها على ألف وكرامتها (١) فلها مهر المثل لاينقص من ألف لأنه رضى بها ، وإن طلقها قبل الدخول لها نصف الألف لأنها أكثر من المتعة (وإن قال على ألف إن أقام بها وألفين إن أخرجها ، فان أقام فلها الألف) لما بينا (وإن أخرجها فهر مثلها) لايزاد على ألفين ولا ينقص من ألف ، وقالا : الشرطان جائزان ، وعند زفر فاسدان ولها مهر المثل فى الوجهين ، وعلى هذا على ألف إن لم يتزوّج عليها ، وألفين إن تزوّج . لزفر أن كل واحد منهما على خطر الوجود فكان المهر مجهولا . ولهما أن كل واحد منهما فيه غرض صحيح وقد سمى فيه بدلا معلوما فصار كالخياطة الفارسية والرومية . ولأبى حنيفة أن الشرط الأوّل صحّ وموجبه المسمى لما بينا . والشرط الثانى ينفى موجب الأوّل والتسمية متى صحت لايجوز نفى موجبها فيبطل الشرط الثانى ؛ ولو تزوّجها على ألف إن كانت قبيحة ، وألفين إن كانت جميلة صحّ الشرطان ، والفرق أنه لامخاطرة هنا ، لأن المرأة على صفة واحدة إلا أن الزوج يجهلها ، وفى المسئلة الأولى المخاطرة موجودة فى التسمية الثانية ، لأنه لايدرى أن الزوج هل يفى بالشرط الأوّل أم لا (وإن تزوّجها على هذا العبد أو هذا فلها أشبهما بمهر المثل ، وإن كان مهر المثل بينهما فلها مهر المثل) وقالا : لها الأوكس بكل حال ؛ وإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس بالإجماع لهما أن الأوكس مسمى بيقين لأنه أقلّ ولا يصار إلى مهر المثل مع المسمى . ولأبى حنيفة أن الأصل مهر المثل ، وإنما يترك عند صحة المسمى وأنه مجهول لدخول كلمة أو فيكون فاسدا ؛ إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فقد رضيت بالحطّ ، وإن كان أقلّ فقد رضى بالزيادة ، ومتى جهل المسمى تجب المتعة بالطلاق قبل الدخول ، إلا أن نصف الأوكس يزيد عليها عادة فيجب لاعترافه به . قال (وإن تزوّجها على حيوان فان سمى نوعه كالفرس جاز وإن لم يصفه ولها الوسط فان شاء أعطاها ذلك ، وإن شاء قيمته ؛ والثوب مثل الحيوان ، إلا أنه إن ذكر وصفه لزمه تسليمه

---

(١) قوله وكرامتها : أى بأن يحسن إليها بشىء تسرّ به

وكَذَلِكَ كُل ما يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ

وكذلك كلّ ما يثبت فى الذمة) والأصل فى ذلك أن التسمية لاتصحّ مع جهالة الجنس والنوع والصفة لأنها تؤدّى إلى المنازعة ، وتصحّ مع الجهالة اليسيرة كجهالة الوصف لأن النكاح يحتمل ضربا من الجهالة ، لأن مبناه على المساهلة والمسامحة ، ألا ترى أنه يجوز بمهر المثل مع جهالته لما أنها لاتوجب المنازعة كذلك جهالة الوصف ، بخلاف البيع لأن مبناه على المماكسة والمضايقة . ثم الجهالة أنواع : منها جهالة النوع والوصف كقوله : ثوب أو دابة أو دار فلا تصحّ هذه التسمية لتفاوتها تفاوتا فاحشا فى الصور والمعانى فيجب مهر المثل ، وكذا التسمية مع الخطر كقوله على ما فى بطن جاريته أوغنمه أو ما يحمله نخله هذه السنة . ومنها ما هو معلوم النوع مجهول الصفة مثل قوله عبد أو فرس أو بقرة أو شاة أو ثوب هروى فانه تصحّ التسمية ، ويجب الوسط منه لأنه إذا كان معلوم النوع كان له جيد ورديء ووسط والوسط أعدل لأنه ذو حظّ من الطرفين ؛ وعند جهالة النوع لاوسط لاختلاف معانى الأنواع ، فان معنى الفرس غير معنى الجمل ، ومعنى الشاة غير معنى الجاموس ؛ وكذلك اختلاف أنواع الثياب كالأطلس والقطن وغيرهما ، وإنما يتخير لأن الوسط إنما يعرف بالقيمة فكانت أصلا فى حقّ الإيفاء ، والعين أصل من حيث التسمية فيتخير وتجبر المرأة على القبول ، وقال زفر : إذا كان المهر ثوبا صوفا لاتجبر على أخذ القيمة ، وهو رواية عن أبى حنيفة لأنها استحقت الثوب بالتسمية فلا تجبر على أخذ غيره كما فى السلم . وجوابه إذا لم يكن معينا فهو وقيمته سواء فى الجهالة فتجبر على القبول كما فى الحيوان . واختار بعضهم قول زفر وقال هو الأصحّ ، لأن الثوب وجب فى الذمة وجوبا مستقرّا كالسلم ، ولا كذلك الحيوان لأنه لايجب فى الذمة وجوبا مستقرّا فى السلم فكذا هنا ، ثم عند أبى حنيفة قيمة العبد الوسط أربعون دينارا، وإن سمى أبيض فخمسون وهو قيمة الغرّة ، والمهر بمعنى الغرّة ، وعندهما على قدر الرخص والغلاء ، وقيل هذا اختلاف زمان لابرهان . ومنها ما هو معلوم الجنس والصفة وهو غير معين كما إذا تزوّجها على مكيل أو موزون موصوف فى الذمة تصحّ التسمية ، ويلزمه تسليم عينه لأن ذلك يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا فيلزمه تسليمه كالنقود ؛ ولو تزوّجها على كرّ حنطة مطلقا ولم يصفه يخير الزوج بين الوسط وبين قيمته . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يلزمه تسليم الكرّ ؛ ولو تزوّج امرأتين على ألف قسمت الألف على قدر مهر مثليهما رجوعا إلى الأصل لأنه لما أضاف إليهما فقد أضاف إلى كلّ واحدة ما تستحقه واستحقاقهما فى الأصل مهر المثل كمن دفع إلى ربى دين ألفا بينهما فانهما يقتسمانها على قدر دينيهما كذلك هذا، فان طلقهما قبل الدخول فنصف الألف بينهما على قدر حقيهما ، فان لم يصحّ نكاح إحداهما

وَمَهْرُ مِثْلِهَا يُعْتَبَرُ بِنِسَاءِ عَشِيرَةِ أَبِيهَا، فَانْ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُمْ مِثْلُ حَالِهَا فَمِنَ الأَجَانِبِ ، وَيُعْتَبَرُ بِامْرَأَةٍ هِيَ مِثْلُهَا فِى السِّنِّ وَالحُسْنِ وَالبَكَارَةِ وَالبَلَدِ وَالعَصْرِ وَالمَالِ ، فَانْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ كُلُّهُ فَالَّذِى يُوجَدُ مِنْهُ ؛ وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا وَأَنْ يُسَافِرَ بِهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا مَهْرَهَا ،

صحّ نكاح الأخرى ، لأن المبطل اختصّ بها فلا يتعدّاها والألف كلها للتى صحّ نكاحها وقالا : يقسم على مهر مثليهما كالمسألة الأولى لأنه أضافه إليهما كهى ، فما أصاب التى صح نكاحها فهو لها ويسقط الباقى . ولأبى حنيفة أن إضافة النكاح إلى من لايصحّ نكاحها لغو فصار كما إذا ضمّ إليها أسطوانة أودابة ، والبدل إنما ينقسم بحكم المعاوضة والمساواة والدخول فى العقد ، ولا معاوضة فى المحرمة ، ولا مساواة ولا دخول فى العقد فصارت عدما ، وإضافة الشىء إلى اثنين واختصاصه بأحدهما جائز ، قال تعالى ـ يا معشر الجنّ والإنس ألم يأتكم رسل منكم ـ أضاف الرسل إليهما ، والرسل مختصة بالإنس دون الجنّ ، فان دخل بالتى لم يصحّ نكاحها فلها مهر المثل عند أبى حنيفة ، وهو الصحيح لأنه وطء حرام سقط فيه الحدّ لشبهة العقد فيجب مهر المثل ، وعندهما الأقلّ من مهر المثل ومما يخصها قال (ومهر مثلها يعتبر بنساء عشيرة أبيها) كأخواتها وعماتها وبنات عمها دون أمها وخالتها إلا أن يكونا من قبيلة أبيها ، هكذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بروع حين تزوّجت بغير مهر ، فقال : لها مهر مثل نسائها ونساؤها أقارب الأب ، ولأن قيمة الشىء تعرف بقيمة جنسه ، وجنسه قوم أبيه (فان لم يوجد منهم مثل حالها فمن الأجانب) تحصيلا للمقصود بقدر الوسع . قال (ويعتبر بامرأة هى مثلها فى السنّ والحسن والبكارة والبلد والعصر والمـال) فان المهر يختلف باختلاف هذه الأوصاف لأن الرغبات تختلف بها (فان لم يوجد ذلك كله فالذى يوجد منه) لأنه يتعذر اجتماع هذه الأوصاف فى امرأتين فيعتبر بالموجود منها لأنها مثلها . وعن بعض المشايخ أن الجمال لايعتبر إذا كانت ذات حسب وشرف ، وإنما يعتبر فى الأوسط لأن الرغبة حينئذ فى الجمال . قال (وللمرأة أن تمنع نفسها وأن يسافربها حتى يعطيها مهرها) لأن حقه قد تعين فى المبدل فوجب أن يتعين حقها فى البدل تسوية بينهما ، وإن كان المهر كله موّجلا ليس لها ذلك لأنها رضيت بتأخير حقها ، وعند أبى يوسف لها ذلك لأنها سلمت إليه فليس لها أن تمتنع بعده كالبائع إذا سلم المبيع ليس له حبسه بعد ذلك ، وله أن المهر مقابل بجميع الوطآت لئلا يخلو الوطء عن العوض إظهارا لخطر البضع إلا أنه تأكد بوطأة الأولى لجهالة ما وراءها ، والمجهول لايزاحم المعلوم فاذا وجد بعده وطء آخر صار معلوما فتحققت المزاحمة فصار المهر مقابلا بالكلّ ،

فإذَا أوْفاها مَهْرَها نَقَلَها إلى حَيْثُ شاءَ ، وَقِيلَ لايُسافِرُ بِهَا وَعَلَيْهِ الفَتْوَى .

فصــــل

وَلا يجوزُ نِكاحُ العَبْدِ وَالأمَةِ وَالمُدَبَّرِ وأمِّ الوَلَدِ إلاَّ بإذْنِ المَوْلى، ويَمْلِكُ إجْبارَهُمْ عَلى النِّكاحِ ؛ وَإذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ بإذْنِ

ونظيره العبد الجانى إذا جنى جناية يدفع بها ، فإن لم يدفع حتى جنى أخرى وأخرى دفع بالكل . قال (فإذا أوفاها مهرها نقلها إلى حيث شاء) لقوله تعالى - أسكنوهنّ من حيث سكنتم - (وقيل لايسافر بها وعليه الفتوى) لفساد أهل الزمان ، والغريب يؤذى ، وقيل يسافر بها إلى قرى المصر القريبة لأنها ليست بغربة ، وإذا ضمن الولىّ المهر صحّ ضمانه كغيره من الديون ، وللمرأة أن تطالب أيهما شاءت كسائر الكفالات ، وحكمها فى الرجوع كغيرها من الكفالات ؛ ولو ضمن المهر عن ابنه الصغير صحّ لما قلنا ، ولا يرجع عليه إذا أدّى لأنه صلة عرفا ، فإن مات الأب قبل الأداء فأخذ من تركته رجع بقية الورثة على الابن من حصته لأنهم أدّوا عنه دينا عليه من مال مشترك . وقال زفر : لايرجعون كما إذا كفل عن ابنه الكبير بغير أمره أو عن أجنبى . قلنا الكفالة هنا بأمر المكفول عنه حكما لولاية الأب ، فكانت كفالته دليل الأمر من جهته ليرجع ، بخلاف الكبير والأجنبى لأنه لاولاية له عليهما ، وبخلاف ما إذا أدّى حال حياته لأنه متبرّع ، فان العادة جارية بتبرّع الآباء بمهر الأبناء .

فصــــل

(ولا يجوز نكاح العبد والأمة والمدبر وأم الولد إلا بإذن المولى) وأصله قوله عليه الصلاة والسلام « أيما امرأة تزوّجت بغير إذن مولاها فهى عاهرة » وقوله « أيما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر » ولأن النكاح عيب فى العبد والمدبر لتعلق النفقة بكسبهما والمهر برقبتهما ، فلا يملك غير المولى ذلك دفعا للضرر عنه ، ولأن منافع البضع للمولى فلا يملكها غيره بغير أمره (ويملك إجبارهم على النكاح) صيانة لملكه وتحصينا له عن الزنا الذى هو سبب هلاكهم أو نقصانهم ، وهذا المعنى يشمل العبد والأمة ؛ وليس للمولى أن يزوّج المكاتب والمكاتبة بغير رضاهما لخروجهما عن يده على ما نبينه فى المكاتب، ولا يجوز نكاحهما إلا باذن المولى للرق الثابت فيهما بالحديث ، ويملك المكاتب تزويج أمته لأنه من الاكتساب ، ولا يملك تزويج العبد لأنه خسران لا اكتساب ، ولو زوّج أمته من عبده بغير مهر جاز ولا مهر لها ؛ وقيل يجب حقا للشرع ثم يسقط . قال (وإذا تزوّج العبد باذن

مَوْلاهُ فالمَهْرُ دَيْنٌ فى رَقَبَتِهِ يُباعُ فيهِ وَالمُدَبَّرُ يَسْعَى ، وَإذَا أُعْتِقَتِ الأمَةُ أوِ المُكاتَبَةُ وَلَهَا زَوْجٌ حُرٌّ أوْ عَبْدٌ فَلَهَا الخيارُ وَمَنْ زَوَّجَ أمَتَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أنْ يُبَوِّئَها بَيْتَ الزَّوْجِ لَكِنَّها تَخْدُمُ المَوْلى ، وَيُقالُ لَهُ : مَتَى ظَفِرْتَ بِهَا وَطِئْتَها ؛ وَإنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ بِغَيْرِ إذْنِ مَوْلاهُ فَقالَ لَهُ المَوْلى طَلِّقْها فَلَيْسَ بإجازَةٍ ، وَلَوْ قالَ طَلِّقْها تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً فَهُوَ إجازَةٌ ؛

مولاه فالمهر دين فى رقبته يباع فيه) لأنه دين وجب فى رقبته بفعله وقد ظهر فى حقّ المولى حيث وقع بإذنه فيتعلق برقبته دفعا للضرر عن المرأة ، كما فى ديون المأذون للتجارة (والمدبر يسعى) لأنه لايجوز بيعه فيؤدى من كسبه وكذلك ولد أم الولد من غير سيدها قال (وإذا أعتقت الأمة أو المكاتبة ولها زوج حرّ أو عبد فلها الخيار) لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة حين أعتقت « ملكت بضعك فاختارى » جعل العلة المثبتة للخيار معنى فيها وهو ملك البضع فيترتب عليه ، ويستوى فيه الحرّ والعبد لعموم العلة ، على أنه روى أن زوجها كان حرّا ، وهى راجحة على رواية أنه كان عبدا لأن الأصل الحرّية ، ولأنه ازداد الملك عليها فى الفصلين فيثبت لها الخيار فيهما دفعا للضرر عنها . قال (ومن زوّج أمته فليس عليه أن يبوّئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى ، ويقال له متى ظفرت بها وطئتها) لأن حق المولى فى الخدمة باق والتبوئة إبطال له فلا يلزمه ذلك ؛ ولو شرط فى العقد أن لايستخدمها بطل الشرط ، فان بوأها بيتا معه فله أن يستخدمها وتبطل التبوئة ، لأن الموجب للخدمة الملك وهو باق فلا تبطله التبوئة . قال (وإن تزوّج عبد بغير إذن مولاه فقال له المولى طلقها فليس باجازة) لأنه يحتمل الرد وهو الظاهر هنا حيث تزوّج بغير أمره وافتات عليه ، وردّ هذا العقد يسمى طلاقا فيحمل عليه ، وكذا لو قال فارقها وبل أولى (ولو قال طلقها تطليقة رجعية فهو إجازة) لأن الطلاق الرجعى إنما يكون فى النكاح الصحيح النافذ ؛ ولو أذن العبد فى النكاح ينتظم الصحيح والفاسد ، وقالا : هو على الصحيح خاصة ، لأن المراد من النكاح الإعفاف وذلك بالدوام عليه ، وأنه فى الصحيح دون الفاسد ، ولأن الاسم عند الإطلاق يقع على الصحيح كما فى اليمين . ولأبى حنيفة أن اللفظ يجرى على إطلاقه كما مرّ فى البيع ، ولئن قال البيع الفاسد يفيد بعض التصرّفات كالعتق والملك وغيره قلنا والنكاح الفاسد أيضا يفيد بعض التصرّفات كالنسب والعدة والمهر ، ومسئلة اليمين ممنوعة ، ولئن سلمت فالأيمان مبناها على العرف ، وثمرة الاختلاف أنه لو تزوّج امرأة نكاحا فاسدا انتهى الأمر عنده فليس له أن يتزوّج أخرى . وعندهما له أن يتزوّج غيرها نكاحا صحيحا ، لأن الأوّل لم يدخل تحت الأمر فيبقى الأمر ، وليس له أن يتزوّج إلا امرأة

وَالإِذْنُ فى العَزْلِ لِمَوْلى الأَمَةِ (سم)؛ وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ بِغَيْرِ إِذْنِ المَوْلى ثُمَّ أُعْتِقَا نَفَذَ النِّكَاحُ وَلا خِيارَ لِلأَمَةِ .

فصـــل

تَزَوَّجَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً عَلى أَنْ لامَهْرَ لَهَا أَوْ عَلى مَيْتَةٍ ، وَذَلِكَ عِنْدَهُمْ جائِزٌ جازَ وَلا مَهْرَ لَهَا (سم) ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شُهُودٍ أَوْ فِى عِدَّةٍ (سم) كافِرٍ آخَرَ جازَ إِنْ دَانُوهُ ، وَلَوْ أَسْلَما أُقِرَّا عَلَيْهِ ،

واحدة لأن الأمر لايقتضى التكرار إلا أن يقول له تزوّج ما شئت فيجوز له أن يتزوّج ثنتين . قال (والإذن فى العزل لمولى الأمة) وقالا : إليها لأن الوطء حقها والعزل تنقيص له فيشترط رضاها . ولأبى حنيفة أن العزل يخل بحقّ المولى وهو حصول الولد الذى هو ملكه فيشترط رضاه ، بخلاف الحرّة لأن الولد والوطء حقها . قال (وإذا تزوّج عبد أو أمة بغير إذن المولى ثم أعتقا نفذ النكاح) لأنهما من أهل العبارة والتوقف لحقّ المولى وقد زال (ولا خيار للأمة) لأنه إنما نفذ بعد العتق فصار كأنها تزوجت بعد العتق ، ولو تزوّجت ودخل بها الزوج ثم أعتقها المولى جاز النكاح لما بينا والمهر للمولى لأنه استوفى منفعة مملوكة للمولى ، والقياس أن يجب مهر آخر ، إلا أنا استحسنا وقلنا يجب مهر واحد ، لأن الجواز استند إلى أصل العقد ، ولو أعتقها ثم دخل بها فالمهر لها لأنه استوفى منفعة مملوكه لها .

فصـــل

(تزوّج ذمىّ ذمية على أن لامهر لها أو على ميتة ، وذلك عندهم جائز جاز ولامهر لها) وقالا : لها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها ، وإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة لأنهم التزموا أحكامنا فى المعاملات فصار كالربا ، وله قوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » وما التزموا أحكامنا فيما يعتقدون خلافه ، وعقد الذمة منع إلزامهم بالسيف ، والحجة بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقدهم ، قال عليه الصلاة والسلام « إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » وكذلك الزنا فانه محرّم فى جميع الأديان (وإن تزوّجها بغير شهود أو فى عدة كافر آخر جاز إن دانوه ، ولو أسلما أقرّا عليه) وقالا : إذا تزوّجها فى العدة فهو فاسد ، فان أسلما أو أحدهما أو ترافعا إلينا فرّق بينهما ، لأن نكاح المعتدة حرام بالإجماع ، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه ، وهم التزموا أحكامنا ولم يلتزموها بجميع الاختلافات . وله أنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة فلا تثبت الحرمة حقا للشرع ولا للمطلق لأنه لايعتقدها ،

وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ ثُمَّ أَسْلَمَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَلَهَا ذَلِكَ (سم) إِنْ كَانَا عَيْنَيْنِ ، وَإِلاَّ فَقِيمَةُ الخَمْرِ وَمَهْرُ المِثْلِ فِى الخِنْزِيرِ ، وَإِذَا أَسْلَمَ المَجُوسِىُّ فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ تَزَوَّجَ مِنْ مَحَارِمِهِ ؛ وَلاَ يَجُوزُ نِكَاحُ المُرْتَدِّ وَالمُرْتَدَّةِ ، وَالوَلَدُ يَتْبَعُ خَيْرَ الأَبَوَيْنِ دِينًا ، وَالكِتَابِىُّ خَيْرٌ مِنَ المَجُوسِىِّ ؛

بخلاف العدة من المسلم لأنه يعتقدها ، وحالة المرافعة أو الإسلام حالة البقاء ، والعدة لاتنافيها كالموطوءة بشبهة ، وكذا الشهادة ليست شرطا حالة البقاء قال. (ولو تزوجها على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أحدهما فلها ذلك إن كانا عينين ، وإلا فقيمة الخمر ومهر المثل فى الخنزير) وقال أبو يوسف : لها مهر المثل فى الحالين . وقال محمد : القيمة فيهما . لهما أن الملك يتأكد بالقبض فأشبه العقد ، والإسلام مانع منه فصارا كما إذا كانا دينين . وإذا امتنع القبض قال أبو يوسف : لوكانا مسلمين عند العقد يجب مهر المثل ، فكذا عند القبض . وقال محمد : صحت التسمية وعجز عن التسليم بالإسلام فتجب القيمة كما إذا كان عبدا فهلك قبل القبض . ولأبى حنيفة أن الملك تم بنفس العقد فى المعين حتى جاز لها التصرف فيه ، وبالقبض ينتقل إلى ضمانها من ضمانه ، والإسلام غير مانع من ذلك كاسترداد الخمر المغصوب ، وخمر المكاتب الذمى إذا عجز ، والمأذون إذا حجر عليه ؛ وفى غير المعين إنما يملكه بالقبض ، والإسلام مانع منه ؛ وإذا امتنع القبض فالخمر من ذوات الأمثال والخنزير من ذوات القيم ، فتكون القيمة مقامه فلا يجب ، فتعين مهر المثل وتجب القيمة فى الخمر لأنها تقوم مقامها . قال (وإذا أسلم المجوسى فرق بينه وبين من تزوج من محارمه) أما عندهما فظاهر ، وأما عند أبى حنيفة فلأن المحرمية إذا طرأت على النكاح الصحيح تبطله ، ولأنها تنافى بقاء النكاح ولاكذلك العدة على ما بينا ، ويفرق بينهما بإسلام أحدهما بالإجماع ، ولا يفرق بمرافعة أحدهما عند أبى حنيفة خلافا لهما لقوله تعالى - فان جاءوك فاحكم بينهم - ولأن مرافعة أحدهما لايبطل حق صاحبه لأنه لايعتقده ، بخلاف ماإذا اتفقا حيث يفرق بينهم لما تلونا ، ولأنهما رضيا بحكمنا فيلزمهما . قال (ولا يجوز نكاح المرتد والمرتدة) باجماع الصحابة ، ولأنه لافائدة فيه لأن المقصود من شرع النكاح مصالحه ، ولا توجد لأن المرتد يقتل والمرتدة تحبس ؛ أو نقول لاملة لهما لأنهما خرجا عن الإسلام ، ولايقران على ما انتقلا إليه ، ويجوز نكاح النصرانى المجوسية واليهودية ، واليهودى النصرانية والمجوسية والمجوسى اليهودية والنصرانية، لأن الكفر كله ملة واحدة ، كذا روى عن عمر رضى الله عنه ، ولا كفاءة بين أهل الكفر . قال (والولد يتبع خير الأبوين دينا) نظرا له حتى لو كان أحدهما مسلما كان مسلما ، ولو أسلم أحدهما ولهما ولد صغير صار مسلما (والكتابى خير من المجوسى) حتى يجوز أكل ذبيحة الكتابى

وَإِذَا أَسْلَمَتِ امْرَأَةُ الكافرِ عُرِضَ عَلَيْهِ الإِسْلامُ ، فإنْ أَسْلَمَ فَهِيَ امْرَأَتُهُ ، وَإِلاَّ فُرِّقَ بَيْنَهُما ، وَتَكُونُ الفُرْقَةُ طَلاقا (س) ؛ وَإِنْ أَسْلَمَ زَوْجُ المَجُوسيَّةِ فانْ أَسْلَمَتْ وَإِلاَّ فُرِّقَ بَيْنَهُما بِغَيْرِ طَلاقٍ ؛ وَإِنْ كانَ الإِسْلامُ فىدارِ الحَرْبِ تَتَوَقَّفُ البَيْنُونَةُ فىالمَسْئَلَتَيْنِ عَلى ثَلاثِ حِيَضٍ قَبْلَ إِسْلامِ الآخَرِ ، وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنا مُسْلِما وَقَعَتِ البَيْنُونَةُ بَيْنَهُما ، وكَذَا إِنْ سُبِيَ أَحَدُهُما ، وَلَوْ سُبِيا مَعا لَمْ تَقَعْ ؛

ومناكحته دون المجوسى . قال (وإذا أسلمت امرأة الكافر عرض عليه الإسلام) تحصيلا لمصالح النكاح بالإسلام ، لأنها قد فاتت باسلامها (فإن أسلم فهى امرأته) كما إذا أسلما معا (وإلا فرّق بينهما) لأن الإسلام لايصلح أن يكون سببا للفرقة لما أنه طاعة وعبادة ، فيجعل إباؤه سببا لفوات مصالح النكاح عقوبة (وتكون الفرقة طلاقا) وقال أبو يوسف : لاتكون طلاقا لأنه سبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا ، كما إذا ملكها أو ملكته . ولهما أن الزوج ترك الإمساك بالمعروف مع القدرة عليه فينوب عنه القاضى فى التسريح بالإحسان فيكون قوله كقول الزوج فيكون طلاقا كما فى الجبّ والعنة . قال (وإن أسلم زوج المجوسية ، فان أسلمت وإلا فرّق بينهما بغير طلاق) والفرق أن المرأة ليست من أهل الطلاق فلا ينتقل قول القاضى إليها ، ثم إن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، لأن الفرقة جاءت من قبلها ، وإن كان قد دخل بها فلها المهر لأنه تأكد بالدخول (وإن كان الإسلام فى دار الحرب تتوقف البينونة فى المسئلتين على ثلاث حيض قبل إسلام الآخر) لأنه لابد من الفرقة بينهما ، ولا قدرة على العرض فى دار الحرب فجعلنا ثلاث حيض وهو شرط الفرقة مقام السبب وهو العرض كحافر البئر وغيره ، ثم إذا بانت بثلاث حيض ذكر فى السير الكبير أنه طلاق عندهما . وروى أنه فرقة بغير طلاق كأبى يوسف ؛ ولو أسلم الآخر قبل مضىّ ثلاث حيض لم تبن منه ؛ وإن أسلم زوج الكتابية فلا عرض ولا فرقة لأنه يجوز له نكاحها ابتداء ، فلأن يبقى أولى ؛ ولو أسلم أحد الزوجين وهما صبيان عاقلان عرض الإسلام على الآخر ، لأن الصبىّ يخاطب بالإسلام حقا للعباد حتى إنه يؤاخذ بحقوق العباد ، فإن أبى فرّق بينهما استحسانا إيفاء لحقّ صاحبه ودفعا للضرر عنه . قال (وإذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلما وقعت البينونة بينهما ، وكذا إن سبى أحدهما ، ولو سبيا معا لم تقع) فسبب البينونة هو التباين دون السبى ، لأن مصالح النكاح لاتحصل مع التباين حقيقة وحكما ، لأن مصالحه إنما تحصل بالاجتماع ، والتباين مانع منه . أما السبى فانه يقتضى ملك الرقبة وذلك لاينافى النكاح ابتداء فكذا بقاء . وأما المستأمن فقصده الرجوع

وَإِذَا خَرَجَتِ المَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً لاعِدَّةَ (سم) عَلَيْهَا ؛ وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ (م) ؛ ثُمَّ إِنْ كانَ المُرْتَدُّ الزَّوْجَةَ بَعْدَ الدُّخُولِ فَلَهَا المَهْرُ وَقَبْلَهُ لاشَيْءَ لَهَا وَلا نَفَقَةَ ، وَإِنْ كانَ الزَّوْجَ فالكُلُّ بَعْدَهُ وَالنِّصْفُ قَبْلَهُ ؛ وَإِنِ ارْتَدَّا مَعًا ثُمَّ أَسْلَمَا مَعًا فَهُمَا عَلَى نِكاحِهِمَا .

فلم يوجد تباين الدارين حكما . قال (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة لاعدة عليها) وقالا : عليها العدّة لأنها من أحكام الإسلام والفرقة حصلت فى دار الإسلام . وله قوله تعالى – ولا تمسكوا بعصم الكوافر – نزلت فى هذه القضية نقلا عن بعض المفسرين ، ولأنها وجبت إظهارا لخطر النكاح ، ولا خطر لنكاح الحربىّ ، ولهذا قلنا لاعدّة على المسبية . قال (وإذا ارتدّ أحد الزوجين وقعت الفرقة بغير طلاق) وقال محمد : إن كان المرتدّ الزوج فهى طلاق لما مرّ فى الإباء ، وأبويوسف مرّ على أصله أيضا . والفرق لأبى حنيفة أن الردّة تنافى المحلية كالمحرمية والطلاق رافع فتعذّر أن تكون الفرقة طلاقا ، ولهذا لايحتاج فى الفرقة هنا إلى القضاء ، أما الإباء لاينافى المحلية والنكاح ، ولهذا تتوقف الفرقة على القضاء ، وإنما بالإباء امتنع عن التسريح بالإحسان فناب القاضى منابه على ما بينا (ثم إن كان المرتدّ الزوجة بعد الدخول فلها المهر وقبله لاشىء لها ولا نفقة) وقد مرّ (وإن كان الزوج فالكلّ بعده والنصف قبله) وذكر فى الفتاوى لو ارتدّت المرأة قيل لايفسد النكاح زجرا لها ، والصحيح أنه يفسد وتجبر على تجديد النكاح زجرا لها أيضا (وإن ارتدّا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما) لأن بنى حنيفة ارتدّوا فى زمن أبى بكر رضى الله عنه ثم أسلموا ، فأقرّهم على أنكحتهم ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة ، وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير من أحدهم فكان إجماعا ، فإن أسلم أحدهما بعد الردّة فسد النكاح كما فى الابتداء ، ولوقبلها ابن زوجها أو وطئها حرمت على أبيه لما تقدّم وسقط مهرها إذا كان قبل الدخول إن كانت مطاوعة لأن الفرقة جاءت من قبلها ؛ فقد امتنعت عن تسليم المبدل فتمنع البدل كما فى البيع ، وإن كانت مكرهة لايسقط ؛ وفى الصغيرة لايسقط فى الوجهين جميعا وإن كان يجامع مثلها ، لأنه لااعتبار بفعلها حتى لايتعلق به شىء من الأحكام فلا يجب عليها حدّ ولا تعزير ولا غسل ولا مأثم لعدم الخطاب فكذا هذا ؛ وإن ارتدّت الصغيرة سقط مهرها لأنه إذا حكم بردتها بطلت محلية النكاح فصارت كالكبيرة ، إذ الكلام فى التى تعقل الإسلام والردّة على ما يأتيك .

وَإِذَا كان بِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ عَيْبٌ فَلا خِيارَ لِلآخَرِ (م) إلاَّ فى الجَبِّ وَالعُنَّةِ وَالخِصى .

فصـــل

(وإذا كان بأحد الزوجين عيب فلا خيار للآخر إلا فى الجبّ والعنة والخصى) أما عيوب المرأة فبإجماع أصحابنا ، لأن المستحقّ هو التمكين وإنه موجود ، والاستيفاء من الثمرات واختلاله بالعيوب لايوجب الفسخ ، لأن الفوات بالموت لايوجبه فهذا أولى . وأما عيوب الرجل وهى الجنون والجذام والبرص فكذلك . وقال محمد : لها الخيار لأنه لاينتظم بينهما المصالح فيثبت لها الخيار دفعا للضرر عنها بخلاف الزوج لأنه يقدر على دفعه بالطلاق وصار كالجبّ والعنة . ولهما أن الخيار يبطل حقّ الزوج فلا يثبت ، وإنما ثبت فى الجبّ والعنة لإخلالهما بالمقصود من النكاح ، والعيوب لاتخلّ به . والعنين الذى لايصل إلى النساء ، أو يصل إلى الثيب دون الأبكار ، أو يصل إلى غير زوجته ولا يصل إليها ، وتكون العنة لمرض أو ضعف أو كبر سنّ ، أو من أخذ بسحر ؛ فإذا كان الزوج عنينا وخاصمته المرأة فى ذلك أجله القاضى سنة فان وصل إليها وإلا فرق بينهما إن طلبت المرأة ذلك ، لأن لها حقا فى الوطء فلها المطالبة به ، ويجوز أن يكون ذلك لمرض ، ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فجعلت السنة معرفة لذلك لاشتمالها على الفصول الأربعة ؛ فإن كان المرض من برودة أزاله حرّ الصيف ، وإن كان من رطوبة أزاله يبس الخريف ، وإن كان من حرارة أزاله برد الشتاء ، وإن كان من يبس أزاله رطوبة الربيع على ما عليه العادة ، وروى ذلك عن عمر وعلىّ وابن مسعود رضى الله عنهم ، فإذا مضت السنة ولم يصل إليها علم أنه لآفة أصلية فتخير ، فان اختارت نفسها قال أبويوسف ومحمد : بانت ، وهو ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبى حنيفة لاتبين إلا بتفريق القاضى ، وهو المشهور من مذهبه . لهما أن الشرع خيرها عند تمام الحول دفعا للضرر عنها فلا يحتاج إلى تفريق القاضى كما إذا خيرها الزوج . وله أن النكاح عقد لازم وملك الزوج فيه معصوم فلا يزول إلا بإزالته دفعا للضرر عنه ؛ لكن لما وجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان وقد عجز عن الأول بالعنة ولا يمكن القاضى النيابة فيه فوجب عليه التسريح بالإحسان . فإذا امتنع عنه ناب القاضى منابه ، لأنه نصب لدفع الظلم فلا تبين بدون تفريق القاضى . فاذا فرّق يصير كأنه طلقها بنفسه فتكون تطليقة بائنة ليحصل مقصودها وهو دفع الظلم عنها بملكها نفسها . ويشترط طلبها لأن الفرقة حقها ؛ والمراد السنة القمرية لأنها المراد عند الإطلاق . وروى ابن سماعة عن محمد أنها سنة شمسية وتعتبر بالأيام ، وتزيد على القمرية أحد عشر يوما ، ويحسب منها أيام الحيض وشهر رمضان ، لأن السنة لاتخلو

فصـــل

وَعَلى الرَّجُلِ أنْ يَعْدِلَ بَيْنَ نسائه فى البَيْتُوتَة ، وَالبِكْرُ وَالثَّيِّبُ وَالجَديدَة وَالعَتيقَةُ وَالمُسْلِمَةُ وَالكِتابيَّةُ سَوَاءٌ ،

عن ذلك ، ويحسب مرضه ومرضها إن كان نصف شهر ، وإن كان أكثر عوّضه عنه . وعن أبى يوسف إن حجت أو هربت أو غابت لم تحتسب تلك المدة من السنة ، وإن حجّ هو أو هرب أو غاب احتسب عليه من السنة . والتأجيل إنما يكون بعد دعوى المرأة عند القاضى فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطلان حقها ، ولو خيرها القاضى فقامت من مجلسها قبل أن تختار فلا خيار لها كالمخيرة من زوجها ، فإن طلب العنين أن يؤجله القاضى سنة أخرى لم يؤجله إلا برضاها ، فان رضيت جاز ولها أن ترجع وتختار قبل مضىّ السنة الأخرى ، فاذا فرّق القاضى بينهما ثم تزوّجها فلا خيار لها لأنها رضيت بالعنة ؛ ولو اختلفا فى الوصول إليها ، فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر حقّ التفريق ، ولأن الأصل السلامة والعيب عارض ، فان حلف بطل حقها ، وإن نكل أجل سنة كسائر الحقوق ، وإن كانت بكرا نظرها النساء ، فان قلن هى بكر أجل سنة ، وإن قلن هى ثيب حلف على الوجه الذى بينا . والمجبوب وهو الذى قطع ذكره أصلا فانه يفرّق بينهما للحال لأنه لافائدة فى التأجيل ، والخصىّ كالعنين لأن له آلة تنتصب ويجامع بها غير أنه لايحبل ، وهو الذى سلت أنثياه ، وإذا أجل سنة وادّعى الوصول إليها وأنكرت فالحكم كما إذا اختلفا قبل التأجيل ، وإذا كان زوج الأمة عنينا فالخيار للمولى كالعزل عند أبى حنيفة ؛ وإذا كانت المرأة رتقاء فلا ولاية لها فى الطلب ، إذ لاحقّ لها فى الوطء ، ولو وطئها الزوج مرّة واحدة ثم عنّ أو جبّ فلا طلب لها ولاخيار .

فصـــل

(وعلى الرجل أن يعدل بين نسائه فى البيتوتة) لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل » (والبكر والثيب والجديدة والعتيقة والمسلمة والكتابية سواء) لإطلاق ما روينا ، ولأن ذلك من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهنّ فيها ، ولا يجب عليه التساوى بينهنّ فى الوطء والمحبة . أما الوطء فلأنه ينبنى على النشاط ؛ وأما المحبة فلأنها فعل القلب . وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يعدل بين نسائه ويقول « اللهمّ هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما لاأملك » يعنى زيادة المحبة لبعضهنّ . ثم إن شاء جعل الدور بينهنّ يوما أو يومين أو أكثر ، وله الخيار فى ذلك

وَلِلْحُرَّةِ ضِعْفُ الأَمَةِ ؛ وَمَنْ وَهَبَتْ نَصِيبَها لِصَاحِبَتِها جازَ وَلَهَا الرُّجُوعُ فِى ذلكَ ، وَيُسافِرُ بِمَنْ شاءَ ، وَالقُرْعَةُ أَوْلَى .

كتاب الرضاع

وَحُكْمُ الرَّضَاعِ يَثْبُتُ بِقَلِيلِهِ (ف) وَكَثِيرِهِ .

لأن المستحقّ عليه التسوية ، وقد وجدت . قال (وللحرّة ضعف الأمة) لما عرف أن الرقّ منصف كما فى العدّة وغيرها (ومن وهبت نصيبها لصاحبتها جاز) لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسوده بنت زمعة « اعتدّى ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة وأن تحشر مع نسائه يوم القيامة ففعل » ولأنه حقها وقد أبطلته برضاها (ولها الرجوع فى ذلك) لأنها وهبت حقا لم يجب بعد ؛ وإن أقام عند الواحدة أياما بإذن الأخرى جاز من غير مساواة ، لأن النبىّ عليه الصلاة والسلام لما مرض استأذن نساءه أن يكون فى بيت عائشة فأذنّ له ، فكان فى بيتها حتى قبض عليه الصلاة والسلام . وفيه دليل على أن القسم يجب على الرجل وإن كان مريضا ، ويؤمر الصائم بالنهار والقائم بالليل أن يبيت معها إذا طلبت . وعن أبى حنيفة يجعل لها يوما من أربعة أيام ، وليس هذا بواجب لأنه يؤدى إلى فوات النوافل أصلا على من له أربع من النساء ، ولكن يؤمر بايفاء حقها من نفسه أحيانا ويصوم ويصلى ما أمكنه ؛ ولو أعطت زوجها مالا أو حطته ليزيد فى قسمها لم يجز وترجع بما أعطته ، وكذا لو زادها الزوج فى مهرها لتجعل يومها لغيرها ، والوجه فيه ما بينا . قال (ويسافر بمن شاء والقرعة أولى) لأنه لاحقّ لهنّ حال السفر حتى كان له أن لايسافر بواحدة منهنّ أصلا ويقرع بينهنّ تطييبا لقلوبهنّ ، وقد ورد ذلك عنه عليه الصلاة والسلام ؛ ومن سافر بها ليس عليه قضاء حقّ الباقيات لأنه كان متبرّعا لاموفيا حقا ، وإن ظلم بعضهنّ يوعظ ، فان لم ينته يوجع عقوبة زجرا له عن الظلم .

كتاب الرضاع

وهو واجب إحياء للولد لقوله تعالى ـ والوالدات يرضعن أولادهن ـ أى ليرضعن (وحكم الرضاع يثبت بقليله وكثيره) لقوله سبحانه ـ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ـ مطلقا ، وقال عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » من غير فصل ، وقال عليه الصلاة والسلام « الرضاع ما ينبت اللحم وينشز العظم » وإنه يحصل بالقليل ، لأن اللبن متى وصل إلى جوف الصبىّ أنبت اللحم وأنشز العظم .

إذَا وُجِدَ فى مُدَّتِهِ وَهِيَ ثَلاثُونَ (سم) شَهْرًا ؛ وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ ما يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ إلاَّ أُخْتَ ابْنِهِ وأُمَّ أُخْتِهِ ، وَإِذَا أَرْضَعَتِ المَرأَةُ صَبِيَّةً حَرُمَتْ عَلَى زَوْجِها وآبائِهِ وأَبْنائِهِ ،

قال (إذا وجد فى مدته وهى ثلاثون شهرا) وقالا : سنتان لقوله تعالى ـ والوالدات يرضعن أولادهنّ حولين كاملين لمن أراد أن يتمّ الرضاعة ـ وقال تعالى ـ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ـ وأدنى مدّة الحمل ستة أشهر فبقى للفصال سنتان . ولأبى حنيفة الآية الثانية ، والتمسك بها أن الله تعالى ذكر الحمل والفصال وضرب لهما مدة ثلاثين شهرا فتكون مدة لكل واحد منهما ، كما إذا باعه عبدا وأمة إلى شهر ، فان الشهر يكون أجلا لكلّ واحد منهما ، وكذا لو باعه شيئا وأجره شيئا آخر صفقة واحدة إلى مدة معلومة كانت المدة أجلا لكل واحد منهما ، فعلم أن الآية تقتضى أن يكون الثلاثون شهرا أجلا لكل واحد من الحمل والفصال ، خرج الحمل عن ذلك فبقى الفصال على مقتضاه ، والآية الأولى محمولة على مدة الاستحقاق حتى لايكون للأم المبتوتة المطالبة بأجرة الرضاع بعد الحولين فعملنا بالآية الأولى فى نفى الوجوب الأجرة بعد الحولين ، وبالثانية فى الحرمة إلى ثلاثين شهرا أخذا بالاحتياط فيهما . أو نقول : المراد الحمل على الأكف فى الحجر حالة الإرضاع ، لأن مدة الحمل غير مقدرة بثلاثين شهرا بالإجماع ، فإذا انقضت مدته لااعتبار بالرضاع بعده ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لارضاع بعد الفصال » والمراد حكمه وهل يباح الإرضاع بعد المدة ؟ فيه خلاف ، والمحرِّم من الإرضاع ما وقع فى المدة ، سواء فطم أو لم يفطم . وقال الخصاف وهو رواية عن أبى حنيفة : إن استغنى بالفطام عن اللبن ثم رضع فى المدة لاتثبت الحرمة ، وإن لم يستغن تثبت . قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) لما روينا (إلا أخت ابنه وأمّ أخته) فإنها تحرم من النسب دون الرضاع ، لأن فى النسب لما وطئ أم ابنه فقد حرمت عليه بناتها ، وأم أخته موطوءة أبيه ولم يوجد ذلك فى الرضاع . قال (وإذا أرضعت المرأة صبية حرمت على زوجها وآبائه وأبنائه) فتكون المرضعة أم الرضيع وأولادها إخوته وأخواته من تقدم ومن تأخر . فلا يجوز أن يتزوّج شيئا من ولدها وولد ولدها وإن سفلوا وآباؤها أجداده وأمهاتها جداته من قبل الأم وإخوتها وأخواتها أخواله وخالاته ، ويكون زوجها الذى نزل منه اللبن أب المرضعة وأولاده إخوتها وآباؤه وأمهاته أجدادها وجداتها من قبل الأب وإخوته وأخواته أعمامها وعماتها لاتحلّ مناكحة أحد منهن كما فى النسب ، قال عليه الصلاة والسلام لعائشة « ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة » ولو ولدت من رجل وأرضعت ثم يبس اللبن ثم در أرضعت به صبيا يجوز لذلك الصبىّ أن يتزوّج بنت الزوج من غيرها ، وكذا لولم تلد

وَإِذَا رَضَعَ صَبِيَّانِ مِنْ ثَدْيِ امْرَأَةٍ فَهُمَا أَخَوَانِ ، وَإِنِ اجْتَمَعَا عَلَى لَبَنِ شَاةٍ فَلَا رَضَاعَ بَيْنَهُمَا ؛ وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ كَالْمَاءِ وَالدُّهْنِ وَالنَّبِيذِ وَالدَّوَاءِ وَلَبَنِ الْبَهَائِمِ فَالْحُكْمُ لِلْغَالِبِ ، وَكَذَلِكَ إِنِ اخْتَلَطَ بِجِنْسِهِ بِأَنِ اخْتَلَطَ لَبَنُ امْرَأَتَيْنِ (م ز) ، وَإِنِ اخْتَلَطَ بِالطَّعَامِ فَلَا حُكْمَ لَهُ ، وَإِنْ غَلَبَ (سم) ،

منه قط فنزل لها لبن ، وكذا لبن البكر إذا لم تتزوّج إذا أرضعت به صبيا حرم عليها لاغير ، ولو أرضعت صبية لاتحرم على ولد زوجها من غيرها ؛ ولا يحلّ للرضيع أن يتزوّج امرأة وطئها زوج المرضعة لأنها منكوحة الأب ، ولا للزوج أن يتزوّج امرأة وطئها الرضيع لأنها موطوءة الابن كما فى النسب . قال (وإذا رضع صبيان من ثدى امرأه فهما أخوان) لأن أمهما واحدة ، فلو كانا بنتين لايجوز لأحد الجمع بينهما ؛ وكذا لو كان لرجل زوجتان ولدتا منه ثم أرضعت كل واحدة صغيرة صار الرضيعان أخوين من أب (وإن اجتمعا على لبن شاة فلا رضاع بينهما) لأنه لم تثبت الحرمة بينه وبين الأم لتنتقل إلى الأخ إذ هى الأصل لأن الحرمة تثبت فى الأم ثم تتعدّى . رجل طلق امرأته ولها لبن فتزوّجت آخر وحبلت ونزل لها لبن فهو للأوّل ما لم تلد . وقال أبو يوسف : هو منهما إلا أن يعرف أنه من الثانى وإنه يعرف بالغلظ والرقة . وقال محمد : هو منهما مالم تضع فاذا وضعت فمن الثانى لأنه من الأوّل بيقين ، واحتمل كونه من الثانى فيجعل منهما احتياطا للمحرّمات ، وكذلك يقول أبو يوسف إلا إذا عرفنا أنه من الثانى فيجعل منه . وأبو حنيفة يقول : هو من الأوّل بيقين ، ووقع الشكّ فى كونه من الثانى ، والشكّ لايعارض اليقين ، فإذا ولدت تيقنا أنه من الثانى ، ولا اعتبار بالغلظ والرقة ، لأن ذلك يتغير بتغير الأحوال والأغذية . قال (وإذا اختلط اللبن بخلاف جنسه كالمـاء والدهن والنبيذ والدواء ولبن البهائم فالحكم للغالب) فان غلب اللبن تثبت الحرمة ، وإلا فلا (وكذلك إن اختلط بجنسه بأن اختلط لبن امرأتين) وقال محمد وزفر : تثبت الحرمة بهما لأن الشىء لايصير مستهلكا بجنسه بل يتقوّى به ، وكلّ واحد منهما سبب لإنبات اللحم وإنشاز العظم . ولنا أن منفعة المغلوب لاتظهر فى مقابلة الغالب ، فان قليل المـاء إذا وقع فى البحر لايبقى لأجزائه منفعة لكثرة التفرّق ، وإذا فاتت المنفعة بسبب الغلبة بقى حكم الرضاع للكثير (وإن اختلط بالطعام فلا حكم له وإن غلب) وقالا : إن غلب تعلق به التحريم ، والخلاف فى غير المطبوخ . أما المطبوخ لاتثبت به الحرمة بالإجماع . لهما أن حكم المغلوب لايظهر فى مقابلة الغالب فصار الحكم للبن . وله أن الطعام يسلب قوّة اللبن ، ولا يكتفى الصبىّ بشربه ، والتغذّى يحصل بالطعام إذ هو الأصل فكان اللبن تبعا ، بخلاف الدواء لأنه يقوّى اللبن ويزيد فى قوّته .

وَتَتَعَلَّقُ الحُرْمَةُ بِلَبَنِ المَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا ، وكذلكَ تَتَعَلَّقُ بِلَبَنِ البِكْرِ ، وَلا تَتَعَلَّقُ بِلَبَنِ الرَّجُلِ وَلا بالاحْتِقانِ . وَتَتَعَلَّقُ بالاسْتِعاطِ وَالإيجارِ ، وَإذَا أَرْضَعَت امْرأَتُهُ الكَبِيرَةُ امْرأَتَهُ الصَّغِيرَةَ حَرُمَتا عَلَى الزَّوْجِ ، وَلا مَهْرَ لِلكَبِيرَةِ إنْ كانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَللصَّغِيرَةِ نِصْفُ المَهْرِ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الكَبِيرَةِ إنْ كانَتْ تَعَمَّدَتِ الفَسادَ ، وَالقَوْلُ قَوْلُهَا فِى التَّعَمُّدِ مَعَ يَمِينِهَا .

(وتتعلق الحرمة بلبن المرأة بعد موتها) لأنه سبب لإنبات اللحم وإنشاز العَظْمِ ، ومعنى الغذاء لايزول بالموت وصار كما إذا حلب منها حال حياتها (وكذلك تتعلق بلبن البكر) لما بينا (ولا تتعلق بلبن الرجل) لو نزل له لأنه ليس بلبن حقيقة ، لأن اللبن لايكون إلا ممن يتصور منه الولادة كذا قالوا . قال (ولا بالاحتقان) لأنه لايصل إلى المعدة فلا يحصل به النشوّ والنشوز وكذا إذا أقطر فى إحليله أو أذنه أو جائفة أو آمة لما قلنا . وعن محمد أن الاحتقان تثبت به الحرمة قياسا على فساد الصوم . والفرق أن المفسد فى الصوم التغذى أو التداوى وأنه حاصل بالاحتقان . أما الرضاع إنما يثبت بمعنى النشوّ وأنه معدوم فى الاحتقان. قال (وتتعلق بالاستعاط والإيجار) لأنه يصل إلى المعدة فيحصل به النشوّ . امرأة أدخلت حلمة ثديها فى فم رضيع ، ولا يدرى أدخل اللبن فى . أم لا لايحرم النكاح ، وكذا صبية أرضعها بعض أهل القرية ولا يدرى من هو فتزوّجها رجل من أهل تلك القرية يجوز ، لأن إباحة النكاح أصل فلا يزول بالشكّ ، ويجب على النساء أن لايرضعن كلّ صبىّ من غير ضرورة ، فان فعلن فليحفظنه أو يكتبنه احتياطا . قال (وإذا أرضعت امرأته الكبيرة امرأته الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنهما صارتا أما وبنتا ؛ والرضاع الطارئ على النكاح كالمقارن فى التحريم كحرمة المصاهرة لأنه لابقاء للشىء مع المنافى (ولا مهر للكبيرة إن كان قبل الدخول) لأن الفرقة جاءت من قبلها (وللصغيرة نصف المهر) لأن الفرقة ليست من قبلها ، ولا اعتبار باختيارها الإرضاع لأنها مجبولة عليه طبعا (ويرجع به على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد) لأنها مسببة للفرقة ، لأن إلقاء الثدى فى فمها سبب لوصول اللبن إلى جوفها ، والتسبيب يشترط فيه التعدّى كحافر البئر ، وإن لم تتعمد الفساد فلا شىء عليها وإن علمت أنها زوجته لما بينا أنها مسببة ، والتعدّى يثبت إذا علمت أنها زوجته وقصدت وقوع الفرقة بينهما ، ولو لم تعلم بالنكاح فلا شىء عليها ، وكذلك إن علمت بالنكاح لكن قصدت بالإرضاع دفع الجوع والهلاك عنها لأنها مأمورة بذلك ، وكذلك لو علمت بالنكاح دون الفساد لاتكون متعدية (والقول قولها فى التعمد مع يمينها) لأنها تنكر الضمان ، ولو أرضعت زوجة الأب امرأة ابنه تحرم عليه لأنها صارت

كتاب الطلاق

وَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ : أَحْسَنُ ، وَحَسَنٌ ، وَبِدْعِيٌّ : فَأَحْسَنُهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَاحِدَةً فِى طُهْرٍ لَا جِمَاعَ فِيهِ ، وَيَتْرُكَهَا حَتَّى تَنْقَضِىَ عِدَّتُهَا .

أخته من الأب . تزوج صغيرتين فأرضعتهما معا أو متعاقبا حرمتا عليه ، وعليه لكلّ واحدة نصف المهر لأنها مجبورة على الإرضاع بحكم الطبع ، ويرجع على المرضعة إن تعمدت الفساد على الوجه الذى بينا ؛ وإن كنّ ثلاثا فأرضعتهن على التعاقب حرمت الأولى ، والثانية دون الثالثة لأنها لما صارت أختا لهما لم يبق الجمع فى النكاح ؛ وإن أرضعتهنّ معا ، بأن ألقت ثديها فى فم اثنتين وكانت حلبت قبل ذلك فأوجرت الثالثة واتفق وصول اللبن إليهن معا حرمن جميعا ، وعلى هذا تخرّج جميع مسائل هذا الجنس ، والله أعلم

كتاب الطلاق

وهو فى اللغة : إزالة القيد والتخلية ، تقول : أطلقت إبلى وأطلقت أسيرى . وفى الشرع : إزالة النكاح الذى هو قيد معنى ، وهو قضية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع وضرب من المعقول . أما الكتاب فلقوله تعالى ـ فطلقوهنّ لعدّتهنّ ـ وقوله ـ الطلاق مرّتان ـ والسنة قوله عليه الصلاة والسلام « كلّ طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبىّ » وقال عليه الصلاة والسلام « أبغض المباحات إلى الله الطلاق » وعلى وقوعه انعقد الإجماع ، ولأن استباحة البضع ملك الزوج على الخصوص ؛ والمالك الصحيح القول يملك إزالة ملكه كما فى سائر الأملاك ، ولأن مصالح النكاح قد تنقلب مفاسد ، والتوافق بين الزوجين قد يصير تنافرا ، فالبقاء على النكاح حينئذ يشتمل على مفاسد من التباغض والعداوة والمقت وغير ذلك ، فشرع الطلاق دفعا لهذه المفاسد ، ومتى وقع لغير حاجة فهو مباح مبغوض لأنه قاطع للمصالح ، وإنما أبيحت الواحدة للحاجة وهو الخلاص على ماتقدّم ، وفى الحديث « ما خلق الله تعالى مباحا أحبّ إليه من العتاق ، ولا خلق مباحا أبغض إليه من الطلاق » .

(وهو على ثلاثة أوجه : أحسن ، وحسن ، وبدعى . فأحسنه أن يطلقها واحدة فى طهر لاجماع فيه ويتركها حتى تنقضى عدتها) لما روى عن إبراهيم النخعى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لايطلقوا للسنة إلا واحدة ثم لايطلقوا غيرها حتى تنقضى عدتها . وفى رواية : وكان ذلك أحسن عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثا فى ثلاثة أطهار ، ولأنه إذا جامعها لايؤمن الحبل وهو لايعلم به ، فإذا ظهر ندم فكان ما ذكرناه أبعد من الندم فكان أولى ، وفى التى لاتحيض لصغر أو كبر يطلقها أىّ وقت شاء لعدم

وَحَسَنُهُ: أنْ يُطَلِّقَهَا ثَلاثًا فِى ثَلاثَةِ أطْهَارٍ ولا جِمَاعَ فِيهَا وَالشَّهْرُ لِلآيِسَةِ وَالصَّغِيرَةِ وَالحامِلِ كالحَيْضَةِ ، وَيَجُوزُ طَلاقُهُنَّ عَقِيبَ الجِماعِ . وَالبِدْعَةُ أنْ يُطَلِّقَهَا ثَلاثًا أوْ ثِنْتَيْنِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أوْ فِى طُهْرٍ لارَجْعَةَ فِيهِ ، أوْ يُطَلِّقَهَا وَهِىَ حائِضٌ فَيَقَعُ وَيَكُونُ عاصِيا ،

ما ذكرنا ، ولأنه أبيح للحاجة على ما تقدم ، والحاجة تندفع بالواحدة (وحسنه) طلاق السنة ، وهو (أن يطلقها ثلاثا فى ثلاثة أطهار لاجماع فيها) لما روى « أن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما طلق امرأته وهى حائض فقال عليه الصلاة والسلام : ما هكذا أمر ربك يا ابن عمر ، إنما أمرك أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكلّ طهر تطليقة » وفى رواية قال لعمر « أخطأ ابنك السنة مره فليراجعها ، فإن طهرت فان شاء طلقها طاهرا من غير جماع أو حاملا قد استبان حملها ، فتلك العدّة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » (والشهر للآيسة والصغيرة والحامل كالحيضة) لقيامه مقامها فى العدّة بنصّ الكتاب (ويجوز طلاقهنّ عقيب الجماع) لما تقدم . وأما الحامل فانه زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق ، ويطلقها ثلاثا للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر . وقال محمد : لاتطلق للسنة إلا واحدة ، لأن الشهر إنما قام مقام الحيضة فى الصغيرة والآيسة ، والحامل ليست فى معناهما لأنها من ذوات الحيض فصارت كالممتد طهرها . ولهما أن الشهر دليل الحاجة لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الطباع السليمة فصارت فى معنى الآيسة ، والإباحة بقدر الحاجة فصلح الشهر دليلا ، بخلاف الممتدّ طهرها ، لأن دليل تجدد الرغبة الطهر وهو مرجوّ فى حقها دون الحامل فافترقا . وطلاق السنة فى العدد والوقت على ما بينا ؛ والسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها والصغيرة والآيسة ، والحامل والحائل لما بينا أنها شرعت للحاجة والكلّ فيه سواء ؛ والسنة فى الوقت تختصّ بالمدخول بها لأن طهرا لاجماع فيه لايتصوّر فى غير المدخول بها ، ولأن المحظور هو تطويل العدّة لو وقع فى الحيض فإنها لاتحتسب من العدّة ، ولا عدة على غير المدخول بها (والبدعة أن يطلقها ثلاثا أو ثنتين بكلمة واحدة ، أو فى طهر لارجعة فيه ، أو يطلقها وهى حائض فيقع ويكون عاصيا) أما الثلاث والثنتين فلما بينا أنه خلاف السنة والمشروعية للحاجة وهى تندفع بالواحدة . وأما حالة الحيض فلقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث ابن عمر « قد أخطأ السنة » وأما الوقوع فلقوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فليراجعها » وكان طلقها حالة الحيض ، ولولا الوقوع لما راجعها . وكذلك روى أن ابن عمر قال للنبىّ عليه الصلاة والسلام « أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكانت تحلّ لى ؟ قال لا ويكون معصية » وروى أن بعض أبناء عبادة بن الصامت طلق امرأته ألفا ، فذكر عبادة ذلك للنبىّ عليه الصلاة والسلام ، فقال « بانت بثلاث فى معصية ، وتسعمائة وسبع وتسعون فيما لا يملك»

وَطَلاقُ غَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا حالَةَ الحَيْضِ لَيْسَ بِبِدْعِيٍّ ، وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ حالَةَ الحَيْضِ فَعَلَيْهِ أَنْ يُرَاجِعَها ، فإِذَا طَهُرَتْ فإِنْ شاءَ طَلَّقَها وَإِنْ شاءَ أَمْسَكَها ، وَإِذَا قالَ لامْرَأَتِهِ المَدْخُولِ بِهَا : أَنْتِ طالِقٌ ثَلاثًا لِلسُّنَّةِ وَقَعَ عِنْدَ كُلِّ طُهْرٍ تَطْلِيقَةٌ ، وَإِنْ نَوَى وُقُوعَهُنَّ السَّاعَةَ وَقَعْنَ (ز) ؛ وَطَلاقُ الحُرَّةِ ثَلاثٌ ، وَالأَمَةِ ثِنْتانِ ، وَلا اعْتِبارَ بالرَّجُلِ فى عَدَدِ الطَّلاقِ ؛

ولقوله عليه الصلاة والسلام « كلّ طلاق واقع » الحديث . وأما كونه عاصيا فلمخالفة السنة وإجماع الصحابة ، وقوله : فى طهر لارجعة فيه إشارة إلى مذهب أبى حنيفة ، وهو أنه لو طلقها فى طهر لم يجامعها فيه فراجعها ثم طلقها لايكره فيه ، وهو قول زفر ، وعندهما يكرّه ؛ وعلى هذا لو طلقها فى الحيض ثم راجعها فطهرت فطلقها ؛ وكذا لو مسها بشهوة ثم قال لها : أنت طالق ثلاثا للسنة وقعن للحال عنده ، لأن الأولى وقعت فصار مراجعا باللمس بشهوة فوقعت أخرى ، ثم صار مراجعا فوقعت الثالثة ؛ والشهر الواحد فى حقّ الآيسة والصغيرة على الخلاف . فالحاصل أن الرجعة فاصلة بين الطلاقين عنده ، والنكاح فاصل بالإجماع . لهما أن بالطلاق فى الطهر خرج من أن يكون وقتا لطلاق السنة ، ولهذا لو أوقعه قبل الرجعة يكره . وله أن بالمراجعة ارتفع حكم الطلاق الأوّل فصار كأن لم يكن ، فإذا ارتفع لايصير جامعا والكراهة باعتباره ، ولأنها عادت إلى الحالة الأولى بسبب من جهته فصار كما لو أبانها فى الطهر ثم تزوّجها . قال (وطلاق غير المدخول بها حالة الحيض ليس ببدعىّ) لما مرّ . قال (وإذا طلق امرأته حالة الحيض فعليه أن يراجعها) لورود الأمر به فى حديث ابن عمر رضى الله عنه على ما تقدم ، ولما فيه من رفع الفعل الحرام برفع أثره (فإذا طهرت فان شاء طلقها وإن شاء أمسكها) لحديث ابن عمر رضى الله عنهما . قال (وإذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق ثلاثا للسنة وقع عند كلّ طهر تطليقة) لأن معناه لوقت السنة ، ووقتها طهر لاجماع فيه لما مرّ (وإن نوى وقوعهنّ الساعة وقعن) خلافا لزفر لأن الجمع بدعة فلا يكون سنة . ولنا أنه سنى وقوعا لاإيقاعا ، لأنا إنما عرفنا وقوع الثلاث جملة بالسنة فكان محتمل كلامه فينتظمه عند النية دون الإطلاق . قال (وطلاق الحرّة ثلاث ، والأمة ثنتان ، ولا اعتبار بالرجل فى عدد الطلاق) لقوله تعالى ـ فطلقوهنّ لعدّتهنّ ـ أى لأطهار عدتهنّ فتكون الطلقات على عدد الأطهار ؛ وأطهار الحرّة فى العدّة ثلاثة والأمة ثنتان ، فيكون التطليق كذلك ، ولأن الحرّ لو ملك على الأمة ثلاثا لملك تفريقهنّ على أوقات السنة ولا يملك بالإجماع ، وقال عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان ، وعدّتها حيضتان » وأما قوله عليه الصلاة والسلام « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » فمعناه وجود الطلاق أو وقوع الطلاق بالرجال ، كما أن العدة

وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ عاقِلٍ بالِغٍ مُسْتَيْقِظٍ . وَطَلَاقُ المُكْرَهِ (ف) وَاقِعٌ ؛ وَطَلَاقُ السَّكْرَانِ وَاقِعٌ ؛ وَيَقَعُ طَلَاقُ الأَخْرَسِ بالإشارَةِ ، وكَذَلِكَ اللاَّعِبُ بالطَّلَاقِ وَالهَازِلُ بِهِ ؛

بالنساء ؛ وأما قوله عليه الصلاة والسلام « لايطلق العبد أكثر من اثنتين » يعنى زوجته الأمة توفيقا بين الأحاديث والدلائل ، أو لأن الغالب أن العبد إنما يتزوّج الأمة ، فخرج مخرج الغالب ، ولأن النكاح نعمة فى حقها والرقّ مؤثر فى تنصيف النعم ، فوجب أن يعتبر برقها ، وقضيته طلقة ونصف ، لكن لما لم تتنصف الطلقة كملتا . قال (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ مستيقظ) لقوله عليه الصلاة والسلام « كلّ طلاق واقع إلا طلاق الصبىّ والمعتوه » وفى رواية « إلا طلاق الصبىّ والمجنون » ولا يقع طلاق الصبىّ والمجنون لما روينا ، ولأنهما عديما العقل والتمييز والأهلية بهما ؛ ولو طلق الصبىّ أو النائم ثم بلغ أو استيقظ وقال أجزت ذلك الطلاق لايقع ، ولو قال : أوقعته وقع (وطلاق المكره واقع) لما روى « أن امرأة اعتقلت زوجها وجلست على صدره ومعها شفرة وقالت : لتطلقنى ثلاثا أو لأقتلنك فناشدها الله أن لاتفعل فأبت فطلقها ثلاثا ثم ذكر ذلك للنبىّ عليه الصلاة والسلام فقال « لاقيلولة فى الطلاق » ولأنه قصد الطلاق ولم يرض بالوقوع فصار كالهازل ، ولأنه معنى تقع به الفرقة فيستوى فيه الإكراه والطوع كالرضاع ، ثم عندنا كلّ ما صحّ فيه شرط الخيار ، فالإكراه يؤثر فيه كالبيع والإجارة ونحوهما ؛ وما لايصحّ فيه الشرط لايؤثر فيه كالنكاح والطلاق والعتاق ونحوها . قال (وطلاق السكران واقع) وقال الطحاوى : لايقع ، وهو اختيار الكرخى اعتبارا بزوال عقله بالبنج والدواء . ولنا أنه مكلف بدليل أنه مخاطب بأداء الفرائض ، ويلزمه حدّ القذف والقود بالقتل ، وطلاق المكلف واقع كغير السكران ، بخلاف المبنَّج لأنه ليس له حكم التكليف ، ولأن السكران بالخمر والنبيذ زال عقله بسبب هو معصية فيجعل باقيا زجرا حتى لو شرب فصدع رأسه وزال عقله بالصداع نقول لايقع ، والغالب فيمن شرب البنج والدواء التداوى لاالمعصية ، ولذلك انتفى التكليف عنهم (ويقع طلاق الأخرس بالإشارة) والمراد إذا كانت إشارته معلومة وقد عرف فى موضعه . قال (وكذلك اللاعب بالطلاق والهازل به) لقوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ : الطلاق والنكاح والعتاق » وقال عليه الصلاة والسلام « من طلق لاعبا جاز ذلك عليه » وعن أبى الدرداء أنه قال : من لعب بطلاق أو عتاق لزمه ، قال : وفيه نزل ـ ولا تتخذوا آيات الله هزوا ـ وكذلك إذا أراد غير الطلاق فسبق لسانه بالطلاق وقع ، لأنه عدم القصد وهو غير معتبر فيه . وروى هشام عن محمد عن أبى حنيفة أن من أراد أن يقول لامرأته اسقنى الماء فقال أنت طالق وقع ؛ ويعمّ هذه الفصول كلها قوله عليه الصلاة والسلام « كلّ طلاق واقع » الحديث

وَمَنْ مَلَكَ امْرأتَهُ أوْ شِقْصًا مِنْها أوْ مَلَكَتْهُ أوْ شِقْصًا مِنْهُ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بَيْنَهُما .

وَصَرِيحُ الطَّلاق لا يَحْتاجُ إلى نِيَّةٍ ، وَهُوَ نَوْعانِ : أحَدُهُما أنْتِ طالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ وَطَلَّقْتُكِ . وَالثَّانى أنْتِ الطَّلاقُ ، وأنْتِ طالِقٌ الطَّلاقَ ، وأنْتِ طالِقٌ طَلاقا ؛ فالأوَّلُ تَقَعُ بِهِ طَلْقَةٌ واحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَلا تَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثِّنْتَيْنِ وَالثَّلاثِ . والثَّانى تَقَعُ بِهِ واحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَتَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلاثِ دُونَ الثِّنْتَيْنِ (ز) ، وَلَوْ نَوَى بِقَوْلِهِ أنْتِ طالِقٌ واحِدَةً ، وَبِقَوْلِهِ طَلاقا أُخْرَى وَقَعَتا ،

قال (ومن ملك امرأته أو شقصا منها ، أو ملكته أو شقصا منه وقعت الفرقة بينهما) لأن المالكية تمنع ابتداء النكاح لما سبق فى النكاح فتمنعه بقاء كالمحرمية والمصاهرة والرضاع .

فصل

(وصريح الطلاق لايحتاج إلى نية) لأنه موضوع له شرعا فكان حقيقة ، والحقيقة لاتحتاج إلى نية ، ويعقب الرجعة لقوله تعالى ـ وبعولتهن أحق بردهن ـ ولو نوى الإبانة فهو رجعى لأنه نوى ضد ما وضع له شرعا (وهو نوعان : أحدهما أنت طالق ومطلقة وطلقتك . والثانى أنت الطلاق ، وأنت طالق الطلاق ، وأنت طالق طلاقا . فالأول تقع به طلقة واحدة رجعية ولا تصح فيه نية الثنتين والثلاث) لأنه نعت فرد يقال للواحدة طالق وللثنتين طالقان وللثلاث طوالق ، ونعت الفرد لايحتمل العدد لأنه ضده ؛ ولئن قال قائل : ذكر الطالق ذكر للطلاق حتى صح ذكر العدد تفسيرا له وأنه دليل المصدرية والمصدر يحتمل الثلاث . قلنا هو ذكر لطلاق تتصف به المرأة ، والعدد المذكور بعده نعت لمصدر محذوف تقديره طلاقا ثلاثا كقولهم ضربته وجيعا وأعطيته جزيلا . (و) النوع (الثانى تقع به واحدة رجعية ، وتصح فيه نية الثلاث دون الثنتين) لأنه ذكر المصدر وهو يحتمل العموم لأنه اسم جنس ويحتمل الأدنى ، فعند الإطلاق يحمل على الواحدة لأنه متيقن ، وإن نوى الثلاث وقعن لأنه محتمل كلامه ، وإنما لاتصح نية الثنتين لأنها جنس الطلاق لامن حيث العددية حتى لو كانت الزوجة أمة صحت نية الثنتين من حيث الجنسية . وقال زفر : تصح نية الثنتين لأنها بعض الثلاث وجوابه ما قلنا (ولو نوى بقوله : أنت طالق واحدة ، وبقوله طلاقا أخرى وقعتا) لأن كل واحد من اللفظين يحتمل الإيقاع فصار كقوله أنت طالق أنت طلاقا فانه يقع ثنتان كذا ههنا ، وهكذا الحكم فى قوله أنت طالق الطلاق ، ولو قال أنت طالق وقال عنيت به عن وثاق لايصدق قضاء ، ولو قال عن.

وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى جُمْلَتِهَا أَوْ مَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الْجُمْلَةِ كَالرَّقَبَةِ وَالْوَجْهِ وَالرُّوحِ وَالْجَسَدِ ، أَوْ إِلَى جُزْءٍ شَائِعٍ مِنْهَا وَقَعَ ، وَنِصْفُ الطَّلْقَةِ تَطْلِيقَةٌ ، وَكَذَلِكَ الثُّلُثُ ، وَثَلَاثَةُ أَنْصَافِ تَطْلِيقَتَيْنِ ثَلَاثٌ ، وَثَلَاثَةُ أَنْصَافِ تَطْلِيقَةٍ ثِنْتَانِ ،

العمل يدين أيضا ، ولو قال أنت طالق من وثاق أومن هذا القيد لم يقع شيء فى القضاء ؛ ولو قال أنت طالق من هذا العمل وقع قضاء لاديانة ، ولو قال أنت طالق ثلاثا من هذا العمل طلقت ثلاثا ، ولا يصدّق قضاء أنه لم ينو الطلاق . قال (وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو ما يعبر به عن الجملة كالرقبة والوجه والروح والجسد ، أو إلى جزء شائع منها وقع) لأنها محلّ الطلاق ، فإذا قال أنت طالق فقد أضاف الطلاق إلى محله فيصحّ ، وهذه الأشياء يعبر بها عن جملة البدن قال تعالى - فتحرير رقبة - والمراد الجملة ، ويقال يا وجه العرب ، وقال عليه الصلاة والسلام « لعن الله الفروج على السروج » ويقال : أنا بخير ماسلم رأسك وما بقيت روحك ويراد الجميع . والجسد عبارة عن الجميع وكذلك العنق . قال تعالى - فظلت أعناقهم - وكذلك الدم يقال دمه هدر ، وهذا على ما ذكر فى الكفالة أنه لو تكفل بدمه يصحّ ، وأشار فى كتاب العتق أنه لايقع لأنه قال : لو قال لعبده دمك حرّ لايعتق ، وفى الظهر والبطن روايتان ، وإنما يقع بالإضافة إلى هذه الأعضاء باعتبار أنه يعبر بها عن جميع البدن لابالإضافة إليها حتى لوقال الرأس منك طالق أو الوجه ، أو وضع يده على الرأس أو العنق وقال هذا العضو طالق لايقع . وأما الجزء الشائع كالثلث والربع فلأنه قابل لسائر التصرّفات بيعا وإجارة وغيرهما ، ولهذا يصحّ إضافة النكاح إليه فكذا الطلاق ، لكن لايتجزى فى حكم الطلاق فيثبت فى الكلّ ، ولو أضافه إلى اليد والرجل ونحوهما مما لايعبر به عن البدن لايقع كالأصبع والشعر لأنه أضافه إلى غير محله فصار كاضافته إلى الريق والظفر ، وهذا لأن الطلاق رفع القيد ولا قيد فى هذه الأعضاء لأنه لايصحّ إضافة النكاح إليها ، بخلاف الجزء الشائع على ما بينا ، ولو تعارف قوم أن اليد يعبر بها عن البدن عرفا ظاهرا يقع الطلاق . قال (ونصف الطلقة تطليقة وكذلك الثلث) فلو قال لها أنت طالق نصف تطليقة أو ثلث تطليقة وقعت تطليقة ، لأن ذكر بعض مالايتجزى كذكر كله ، وكذلك كلّ جزء شائع من التطليقة لما قلنا (وثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث) لأن نصف التطليقتين واحدة فكأنه قال أنت طالق ثلاثا (وثلاثة أنصاف تطليقة ثنتان) لأن ثلاثة أنصاف تطليقة تطليقة ونصف وإنه لايتجزى فيكمل النصف فيصير تطليقتين ، وقيل ثلاث لأنه يكمل كل نصف فيكون ثلاثا ، ولوقال نصفى تطليقة فهى واحدة كنصفى درهم يكون درهما ، ولو قال نصفى تطليقتين فثنتان كنصفى درهمين ، ولو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة يقع ثلاث ؛ ولو قال

وَلَوْ قالَ : أنْتِ طالِقٌ مِنْ وَاحِدَةٍ إلى ثَلاثٍ يَقَعُ ثِنْتانِ (سم) وَإلى ثِنْتَيْنِ تَقَعُ وَاحِدَةٌ (سم) ، وَلَوْ قالَ : وَاحِدَةٌ فى ثِنْتَيْنِ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ، وَثِنْتَيْنِ فى ثِنْتَيْنِ اثْنَتانِ وَإنْ نَوَى الحِسابَ ؛ وَلَوْ قالَ : أنْتِ طالِقٌ مِنْ هُنا إلى الشَّامِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ رجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قالَ : أنْتِ طالِقٌ بِمَكَّةَ أوْ فى مَكَّةَ طَلُقَتْ فى الحالِ فى جَمِيعِ البِلادِ ؛ وَلَوْ قالَ : أنْتِ طالِقٌ غَداً تَقَعُ بِطُلُوعِ الفَجْرِ ، وَلَوْ نَوَى آخرَ النَّهارِ صُدِّقَ دِيانَةً ؛

نصف تطليقة وثلثها وسدسها تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى تطليقة واحدة ، وفى الأولى أضاف كل جزء إلى تطليقة منكرة ، فاقتضى كل جزء تطليقة على حدة ، فإن جاوز المجموع الأجزاء كقوله نصف تطليقة وثلثها وربعها قيل واحدة ، وقيل ثنتان وهو المختار ، لأن الزيادة على الواحدة من تطليقة أخرى ، فكأنه أوقع واحدة وبعض أخرى فتتكامل ؛ ولو قال لنسائه وهن أربع : بينكن تطليقة تقع على كل واحدة تطليقة ، لأن الواحدة إذا قسمت بينهن أصاب كل واحدة ربعها فتكمل ؛ وكذلك ثنتان أو ثلاث أو أربع ، لأن الثنتين إذا قسمتا بينهن أصاب كلّ واحدة نصف ، ومن الثلاث ثلاثة أرباع فتكمل ، ومن الأربع كل واحدة واحدة ، ولا يقسم كل واحدة وحدها لأن القسمة فى الجنس الذى لايتفاوت يقع على جملته ؛ وإنما يقسم الآحاد إذا كان متفاوتا ، فان نوى قسمة كل واحدة بانفرادها وقع كذلك لأنه شدّد على نفسه ؛ ولو قال خمس طلقت كل واحدة ثنتين وكذلك إلى ثمانية ؛ ولو قال تسع تطليقات طلقت كل واحدة ثلاثا لما مرّ ؛ ولو قال فلانة طالق ثلاثا وفلانة معها ، أو قال أشركت فلانة معها فى الطلاق طلقتا ثلاثا ثلاثا ؛ ولو قال لأربع نسوة أنتنّ طوالق ثلاثا طلقت كل واحدة ثلاثا (ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث يقع ثنتان ، وإلى ثنتين تقع واحدة) وقالا : يقع فى الأولى ثلاث ، وفى الثانية ثنتان وقد مرّت فى الإقرار (ولو قال واحدة فى ثنتين وقعت واحدة ، وثنتين فى ثنتين اثنتان ، وإن نوى الحساب) وقد مرّ فى الإقرار أيضا . قال (ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهى واحدة رجعية) لأنه لم يزدها وصفا بقوله إلى الشام لأنها متى طلقت يقع فى جميع الأماكن (ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة طلقت فى الحال فى جميع البلاد) لما بينا ، وإن عنى به إذا أتيت مكة لم يصدّق قضاء لأن الإضمار خلاف الظاهر ، ولوقال : فى دخولك مكة تعلق الطلاق بالدخول لأنه تعذّر الظرفية والشرط قريب من الظرف فيحمل عليه . قال (ولو قال أنت طالق غدا تقع بطلوع الفجر) لأنه وصفها بالطالقية فى جميع الغد فلزم أن تكون طالقا فى جميعه ولا ذلك إلا بوقوعه فى أوّل جزء منه (ولو نوى آخر النهار صدّق ديانة) لاقضاء لأنه مخالف للظاهر ، إلا أنه يحتمله لأنه تخصيص فيصدق ديانة ،

وَلَوْ قالَ : فى غَدٍ صَحَّتْ قَضَاءً (سم) أَيْضًا ؛ وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ اليَوْمَ غَدًا ، أَوْ غَدًا اليَوْمَ يُؤْخَذُ بِأَوَّلِهِما ذِكْرًا ؛ وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ قَبْلَ أَنْ أَتَزَوَّجَكِ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ ما لَمْ أُطَلِّقْكِ ، أَوْ مَتَى ما لَمْ أُطَلِّقْكِ أَوْ مَتَى لَمْ أُطَلِّقْكِ وَسَكَتَ طَلُقَتْ ، وَإِنْ قالَ : إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ ، أَوْ إِذا لَمْ (سم) أُطَلِّقْكِ ، أَوْ إِذا ما لَمْ (سم) أُطَلِّقْكِ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَمُوتَ ؛ وَلَوْ قالَ أَنْتِ طالِقٌ ثَلاثًا ما لَمْ أُطَلِّقْكِ أَنْتِ طالِقٌ فَهِيَ طالِقٌ هَذِهِ الواحِدَةَ ؛

(ولو قال فى غد صحت قضاء أيضا) لأنه حقيقة كلامه لأن الظرف لايوجب استيعاب المظروف ، وإنما يتعين الجزء الأوّل عند عدم النية لعدم المزاحمة ، وقالا : هو والأوّل سواء ، لأن المراد منهما الظرفية لأن نصب غدا على الظرفية فلا فرق . وجوابه أن قوله غدا للاستيعاب ، ونظيره قوله لا أكلمك شهرا وفى الشهر ، ودهرا وفى الدهر ؛ وإذا كان للاستيعاب فإذا نوى البعض فقد نوى التخصيص كما بينا ، وعلى هذا الخلاف أنت طالق فى رمضان ونوى آخره (ولو قال أنت طالق اليوم غدا ، أو غدا اليوم يؤخذ بأولهما ذكرا) لأن قوله اليوم تنجيز فلا يتأخر ، وقوله غدا إضافة ، والتنجيز إبطال للإضافة فيلغو .

قال (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوّجك فليس بشيء) وكذا أمس وقد تزوّجها اليوم لأنه أسند إلى حالة منافية لوقوع الطلاق فلا يقع كقوله قبل أن أخلق ، ولو كان تزوّجها أوّل من أمس وقع الساعة فى الفصل الثانى لأنه أوقع الطلاق فى ملكه فيقع (ولو قال أنت طالق مالم أطلقك ، أو متى مالم أطلقك ، أومتى لم أطلقك وسكت طلقت) لوجود شرط الوقوع بالسكوت ، وهو زمان خال عن التطليق ، لأن هذه الألفاظ للوقت ؛ أما متى ومتى ما فحقيقة فيه ، وأما ما فانه يستعمل فيه ، قال تعالى - ما دمت حيا - أى وقت الحياة (وإن قال إن لم أطلقك ، أو إذا لم أطلقك ، أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى تموت) لأن هذه الألفاظ للشرط فكان الطلاق معلقا بعدم التعليق فلايتحقق العدم إلا بالموت ، أما إن فظاهر ، وأما إذا وإذا ما فكذلك عنده ، وقالا : هما بمعنى متى ، قال تعالى - إذا السماء انشقت - وأمثالها والمراد الوقت ، ولأبى حنيفة أنها تستعمل للشرط أيضا ، قال :

* وإذا تصبك خصاصة فتحمل * جزم بها وهى دليل الشرطية ، وإذا استعملت فى الأمرين لايقع الطلاق بالشكّ لاحتمال إرادة كلّ واحد منهما على الانفراد ، بخلاف قوله طلّقى نفسك إذا شئت حيث لايخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس ويحمل على الوقت لأنه لما احتملهما وقد ملكها فلا يخرج الأمر من يدها بالشكّ (ولوقال أنت طالق ثلاثا مالم أطلقك أنت طالق فهى طالق هذه الواحدة) لأنه وجد شرط البر وهوعدم الوقت

وَلَوْ قالَ : أنا مِنْكِ طالِق لمْ يقع شيْءٌ وإنْ نَوَى ؛ وَلَوْ قالَ : أنا مِنْكِ بائِنٌ أوْ عَلَيْكِ حرَامٌ وَنَوَى الطَّلاقَ فَوَاحِدَةٌ بائِنَةٌ ؛ وَلَوْ قالَ : أنْتِ طالِقٌ هكَذا وأشارَ بأصابِعه الثَّلاثِ فثَلاثٌ ، وَبالوَاحِدَةِ وَاحِدَةٌ ، وَبالثِّنْتَيْنِ ثِنْتانِ ، والمُعْتَبَرُ المَنْشُورَةُ ، وَإنْ أشارَ بِظُهُورِها فالمُعْتَبَرُ المَضْمُومَةُ .

الخالى عن التطليق (ولو قال أنا منك طالق لم يقع شيء وإن نوى ، ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق فواحدة بائنة) والفرق أن الطلاق إزالة القيد ، والقيد قائم بالمرأة دون الرجل ، أو لإزالة الملك وهي المملوكة وهو المالك ؛ أما الإبانة فلقطع الوصلة والتحريم لرفع الحل والوصلة ، والحل مشترك بينهما فصح إضافتهما إليهما دون الطلاق (ولو قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث فثلاث ، وبالواحدة واحدة ، وبالثنتين ثنتان ، والمعتبر المنشورة) لأنها للإعلام بالعدد ، قال عليه الصلاة والسلام « الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس إبهامه » وأراد في النوبة الثالثة التسعة وعليه العرف ، ولو أراد المضمومتين أو الكف لم يصدق قضاء لأنه خلاف الظاهر (وإن أشار بظهورها فالمعتبر المضمومة) لأنه يريد إعلام العدد بقدر المضمومة رجوعا إلى العادة بين الناس ؛ ولو قال أنت طالق ولم يقل هكذا وقعت واحدة ، لأنه لما لم يذكر العدد بقي مجرد قوله أنت طالق فتقع واحدة؛ ولو قال أنت طالق واحدة أو قال ثنتين أو قال ثلاثا فماتت بعد قوله أنت طالق قبل ذكر العدد لم يقع شيء ، لأنه متى ذكر العدد فالواقع هو العدد ، فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الإيقاع فبطل ؛ وفي الفتاوى : إذا قال أنت طالق كذا كذا طلقت ثلاثا ، لأنه إذا أقر بكذا كذا لزمه أحد عشر على ما عرف ، فكأنه قال أنت طالق أحد عشر ؛ ولو قال كذلك طلقت ثلاثا كذلك هنا

فصل في وصف الطلاق

أصله أنه متى وصف الطلاق بوصف لايوصف به ولا يحتمله وقع الطلاق وبطل الوصف كقوله أنت طالق طلاقا لم يقع ، فانه يقع واحدة لأن الطلاق لم يوصف بذلك ، ومتى وقع الطلاق لايرتفع ؛ وكذا إذا قال أنت طالق وأنا بالخيار ثلاثة أيام يقع ويبطل الشرط ، ومتى وصفه بوصف يوصف به ، فلا يخلو إما إن كان ينبئ عن زيادة شدة وغلظة أولا ، فان كان لاينبئ عن ذلك فهو رجعي ، وإن كان ينبئ فهو بائن ؛ مثال الأول : أنت طالق أفضل الطلاق أو أكمله أو أحسنه أو أعدله أو أسنه أو خيره فانه تقع واحدة رجعية ، لأنه لاوصف لها ينبئ عن الشدة ، والبينونة وصف شدة فلا يقع

وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ بائِنٌ أَوْ أَفْحَشَ الطَّلاقِ أَوْ أَخْبَثَهُ أَوْ أَشَدَّهُ أَوْ أَعْظَمَهُ أَوْ أَكْبَرَهُ أَوْ أَشَرَّهُ أَوْ أَسْوَأَهُ أَوْ طَلاقَ الشَّيْطانِ أَوِ البِدْعَةِ أَوْ كالجَبَلِ أَوْ مِلْءَ البَيْتِ ، أَوْ تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً أَوْ طَوِيلَةً أَوْ عَرِيضَةً فَهِيَ واحِدَةٌ بائِنَةٌ ، وَإِنْ نَوَى الثَّلاثَ فَثَلاثٌ .

(و) مثال الثانى (لو قال : أنت طالق بائن أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أشدّه أو أعظمه أو أكبره أو أشرّه أو أسوأه أو طلاق الشيطان أو البدعة أو كالجبل أو ملء البيت ، أو تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة فهى واحدة بائنة) لأن هذه الأوصاف تنبئ عن الشدّة ، والبائن : هو الشديد الذى لايقدر على رجعتها ، بخلاف الرجعى لأنه ليس بشديد عليه حتى يملك رجعتها بدون أمرها . قال (وإن نوى الثلاث فثلاث) لأن الشدّة والبدعة وطلاق الشيطان يتنوّع إلى نوعين : شدّة ضعيفة وقوية ، فالضعيفة الواحدة البائنة ، فعند عدم النية يتصرّف إليها للتيقن ؛ وإذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعيه فيصدق ، وكذا لو قال أنت طالق كألف لأنه يشبه بها فى القوّة . قال * وواحد كالألف إن أمر عنى * ويشبه بها فى العدد فأيهما نوى صحّ ، وعند عدمها يثبت الأقلّ لما مرّ . وعن محمد أنه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فالظاهر هو التشبيه فى العدد . ثم عند أبى حنيفة ومحمد متى شبه الطلاق فهو بائن ، لأن التشبيه يقتضى زيادة الوصف وذلك بالبينونة ، لأن عند عدم التشبيه يكون رجعيا ، وعند أبى يوسف ، وقيل هو قول محمد إن ذكر العظم كان بائنا وإلا فلا ، وسواء كان المشبه به عظيما فى نفسه أولا لأنه يحتمل التشبيه فى نفس التوحيد ، فاذا ذكر العظم علمنا أنه أراد الزيادة . وعند زفر إن شبهه بما هو عظيم فى نفسه كان بائنا وإلا فهو رجعى ، والخلاف يظهر فى قوله : أنت طالق مثل رأس الإبرة ، مثل عظم رأس الإبرة ، مثل الجبل ، مثل عظم الجبل ، فعند أبى حنيفة هو بائن فى الجميع ، وعند أبى يوسف هو بائن فى الثانية والرابعة ، رجعى فى الباقى ؛ وعند زفر هو بائن فى الثالثة والرابعة ، رجعى فى الباقى ؛ ولو قال أنت طالق مثل عدد كذا لشىء لاعدد له كالشمس والقمر فواحدة بائنة عند أبى حنيفة ، رجعية عند أبى يوسف ؛ ولو قال كالنجوم فواحدة عند محمد ، لأن معناه كالنجوم ضياء إلا أن ينوى العدد فثلاث ؛ ولو قال أنت طالق لا قليل ولا كثير يقع ثلاثا ؛ ولو قال لا كثير ولا قليل تقع واحدة فيثبت ضدّ ما نفاه أوّلا ، لأن بالنفى ثبت ضدّه فلا يرتفع ؛ ولو طلق امرأته واحدة رجعية ثم قال جعلتها بائنة أو ثلاثا يكون كذلك عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : يصير بائنا لاثلاثا لأن الواحدة لاتحتمل العدد وتحتمل التبديل إلى صفة أخرى . وقال محمد : لايكون بائنا ولا ثلاثا لأنه إذا وقع بصفة لايملك تغييره لأن تغيير الواقع لايصحّ . ولأبى حنيفة أن الإبانة مملوكة له فيملك إثباتها بعد الإيقاع ويملك إيقاع العدد فيملك إلحاق الثنتين بالواحدة وضمهما إليها .

وَمَنْ طَلَّقَ امْرأتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ثَلاثا وَقَعْنَ ؛ وَلَوْ قالَ : أنْتِ طالِقٌ وَطالِقٌ ، أوْ طالِقٌ طالِقٌ ، أوْ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً ، أوْ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ ، أوْ بَعْدَها وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ؛ وَلَوْ قالَ أنْتِ طالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَها وَاحِدَةٌ ، أوْ بَعْدَ وَاحِدَةٍ فَثِنْتانِ ،وَلَوْ قالَ : مَعَ وَاحِدَةٍ أوْ مَعَها وَاحِدَةٌ فَثِنْتانِ أيْضًا ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فأنْتِ طالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً فَدَخَلَتْ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ (سم) ؛ وَلَوْ قالَ : أنْتِ طالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَدَخَلَتْ وَقَعَتْ ثِنْتانِ :

فصل

(ومن طلق امرأته قبل الدخول ثلاثا وقعن) لأن قوله أنت طالق ثلاثا إيقاع لمصدر محذوف تقديره طلاقا ثلاثا فيقعن جملة ، وليس قوله أنت طالق إيقاعا على حدة (ولو قال أنت طالق وطالق ، أو طالق طالق ، أو واحدة وواحدة ، أو واحدة قبل واحدة ، أو بعدها واحدة وقعت واحدة) لأنه ما لم يعلق الكلام بشرط أو يذكر فى آخره ما يغير صدره كان كل لفظ إيقاعا على حدة ، فيقع الأول وتبين لاإلى عدة فتصادفها الثانية وهى بائن فلا تقع . وأما القبلية والبعدية فالأصل فيها أنه متى ذكر حرف الظرف مقرونا بهاء الكناية بين طلاقين كان الظرف صفة للمذكور آخرا ، وإن لم يقرنه بهاء الكناية فهو صفة للمذكور أولا ، مثاله جاءنى زيد قبله عمرو ، وجاءنى زيد قبل عمرو ، فالقبلية فى الأول صفة لعمرو ، وفى الثانى صفة لزيد ، فقوله أنت طالق واحدة قبل واحدة ، فالقبلية صفة للأولى ، والإيقاع فى الماضى إيقاع للحال ، لأن الإخبارات إنشاءات شرعا فوقعت الواحدة فبانت بها فلا يقع ما بعدها ، وقوله بعدها واحدة فالبعدية صفة للأخيرة وقد حصلت الإبانة قبلها فلا يقع (ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة ، أو بعد واحدة فثنتان) لأن القبلية صفة للأخرى فاقتضى إيقاعها فى الماضى وإيقاع الأولى فى الحال ، وقد بينا أن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال فيقترنان . وفى المسألة الثانية البعدية صفة للأولى فاقتضى إيقاع الواحدة فى الحال وإيقاع أخرى قبلها فيقترنان (ولو قال مع واحدة أو معها واحدة فثنتان أيضا) لأن كلمة مع للمقارنة (ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت واحدة) وقالا ثنتان (ولو قال أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت وقعت ثنتان) بالإجماع . لهما أن حرف الواو للجمع المطلق ، والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، ولا فرق بينهما إذا أخر الجزاء

وكِناياتُ الطَّلاقِ لايَقَعُ بِهَا إلاَّ بِنِيَّةٍ أوْ بِدَلالَةِ الحالِ ، ويَقَعُ بائِنا إلاَّ اعْتَدِى واسْتَبْرِئى رَحِمَكِ وأنْتِ واحِدَةٌ فيَقَعُ بِهَا واحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ .

أو قدمه لأنه تعليق بحرف الجمع . وله أن الشرط إذا تأخر بغير صدر الكلام فيتوقف عليه جميع الكلام فتقع جملة ، أما إذا تقدم لامغير له فلا يتوقف ، والجميع يحتمل الترتيب ويحتمل القران ، فعلى تقدير احتمال الترتيب لاتقع إلا واحدة كما إذا صرّح به فلا يقع الزائد عليه بالشكّ ؛ ولو عطف بحرف الفاء . قال الكرخى : هو على الخلاف ، وقال أبو الليث : تقع واحدة بالإجماع لأن الفاء للتعقيب ، قالوا : وهو الأصحّ ، ولو قال لغير المدخول بها أنت طالق طالق إن دخلت الدار بانت بالأولى ولم تتعلق بالثانية ، وفى المدخول بها تقع واحدة للحال وتتعلق الثانية بالدخول .

فصـــل

(وكنايات الطلاق لايقع بها إلا بنية أو بدلالة الحال) لاحتمالها الطلاق وغيره لأنها غير موضوعة له فلا يتعين إلا بالتعيين ، وهو أن ينويه أو تدلّ عليه الحال فتترجح إرادته . قال (ويقع بائنا) لأنه يملك إيقاع البائن وأنه أحد نوعى البينونة فيملكه كالثلاث وقد أوقعه بقوله أنت بائن أو أنت طالق بائن أو أبنتك بطلقة ونحو ذلك ، فان هذه الألفاظ تدلّ على البينونة بصريحها ومعناها ، فان قوله بائن صريح ، وبتة وبتلة ينبئان عن القطع وذلك فى البائن دون الرجعى ، وكذا سائر الألفاظ إذا تأملت معناها . قال (إلا اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة فيقع بها واحدة رجعية) لأن قوله اعتدى يحتمل اعتدى نعم الله تعالى ، ويحتمل اعتدى عدّة الطلاق فاذا نواها يصير كأنه قال طلقتك فاعتدى ، وذلك يوجب الرجعة . وأما قوله استبرئى رحمك فلأنه يستعمل للعدة إذ هو المقصود منها ، ويحتمل استبرئى لأطلقك ، فان نوى الأوّل كان فى معناه فيكون رجعيا لما مرّ ، وقوله أنت واحدة يصلح نعتا لمصدر محذوف ويصلح وصفا لها بالتوحيد عنده ، فاذا نوى الطلاق تعين الأوّل ومثله جائز كقوله أعطيتك جزيلا : أى عطاء جزيلا ، وإذا احتمله فاذا نواه تعين مجملا فيصير كأنه قال أنت طالق طلقة واحدة ؛ ولو قال ذلك كان رجعيا فكذا هذا ، ولهذا قال بعض أصحابنا : إذا أعرب الواحدة بالرفع لا يقع شىء وإن نوى لأنه صفة لشخصها ، وإن أعرب بالنصب تقع واحدة من غير نية لأنه نعت مصدر محذوف ، وإن سكن يحتاج إلى نيته ، وعامة المشايخ قالوا : الكلّ سواء ، لأن العامة لايميزون بين ذلك ، فلا ينبنى حكم يرجع إليهم عليه ، ولا يقع بهذه الألفاظ الثلاثة إلا واحدة ، لأن قوله أنت طالق مضمر فيها أو مقتضى ، ولو أظهر لايقع إلا واحدة لما بينا ، كذا هذا .

وألْفاظُ البائِنِ قَوْلُهُ : أنْتِ بائِنٌ ، بَتَّةٌ ، بَتْلَةٌ ، حَرَامٌ ، حَبْلُكِ عَلى غارِبِكِ ، خَلِيَّةٌ ، بَرِيَّةٌ ، الْحَقِي بِأهْلِكِ ، وَهَبْتُكِ لِأهْلِكِ ، سَرَّحْتُكِ ، فارَقْتُكِ ، أمْرُكِ بِيَدِكِ ، تَقَنَّعِي ، اسْتَتِرِي ، أنْتِ حُرَّةٌ ، اغْرُبِي ، اخْرُجِي ، ابْتَغِي الأزْوَاجَ ؛ وَيَصِحُّ فِيها نِيَّةُ الوَاحِدَةِ وَالثَّلاثِ ، وَلَوْ نَوَى الثِّنْتَيْنِ فَوَاحِدَةٌ ، وَلَوْ قالَ لَهَا : اخْتارِي يَنْوِي الطَّلاقَ فَلَها أنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا فِي مَجْلِسِ عِلْمِها ، وَيَبْطُلُ خِيارُها بالقِيامِ ، وَبِتَبَدُّلِ المَجْلِسِ ،

قال (وألفاظ البائن قوله : أنت بائن ، بتة ، بتلة ، حرام ، حبلك على غاربك ، خلية ، برية ، الحقى بأهلك ، وهبتك لأهلك ، سرّحتك ، فارقتك ، أمرك بيدك ، تقنعى ، استترى ، أنت حرّة ، اغربى ، اخرجى ، ابتغى الأزواج ؛ ويصحّ فيها نية الواحدة والثلاث) لأن البينونة خفيفة وغليظة فأيهما نوى صحّ ، وإن نوى نفس الطلاق فواحدة لأنه الأدنى (ولو نوى الثنتين فواحدة) لأنهما عدد واللفظ لايدلّ على العدد ، وفيه خلاف زفر وقد تقدّم ، ولا يقع إلا بالنية أو فى حال مذاكرة الطلاق لأنه دليل عليه فيقع فى القضاء ولا يقع ديانة إلا بالنية ، وتقع واحدة لأنه أدنى . ثم هى ثلاثة أقسام : منها ما يصلح جوابا لاغير ، وهى ثلاثة : أمرك بيدك ، اختارى ، اعتدّى . ومنها ما يصلح جوابا وردّا لاغير وهى سبعة : اخرجى ، اذهبى ، اغربى ، قومى ، تقنعى ، استترى ، تخمرى . ومنها مايصلح جوابا وردّا وشتيمة وهى خمسة : خلية ، برية ، بتة ، بائن ، حرام . وعن أبى يوسف أنه ألحق بالقسم الأوّل خمسة أخرى : خليت سبيلك ، سرّحتك ، لاملك لى عليك ، لاسبيل لى عليك ، الحقى بأهلك . والأحوال ثلاثة : حالة مطلقة وهى حالة الرضا ، وحالة مذاكرة طلاقها ، وحالة غضب . أما حالة الرضا فلا يقع الطلاق بشىء من ذلك إلا بالنية لما تقدّم ، والقول قول الزوج فى عدم النية لأنه لايطلع غيره عليه والحال لايدلّ عليه . وفى حال مذاكرة الطلاق يقع الطلاق قضاء ولا يصدق على عدمه إلا فيما يصلح جوابا وردّا لأنه لايحتمل الردّ وهو الأدنى فيصدق فيه . وفى حالة الغضب يصدق إلا فيما يصلح جوابا لاغير ، لأنه يصلح للطلاق الذى يدلّ عليه الغضب فيجعل طلاقا . قال (ولو قال لها اختارى ينوى الطلاق فلها أن تطلق نفسها فى مجلس علمها) فإن كانت حاضرة فبسماعها ، وإن كانت غائبة فبالإخبار لأن المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ولأنه ملكها فعل الاختيار ، والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كالبيع والهبة ونحوهما (ويبطل خيارها بالقيام) لأنه دليل الإعراض (وبتبدّل المجلس) حقيقة بالانتقال إلى مجلس آخر ، ومعنى بتبدل الأفعال فمجلس الأكل غير مجلس القتال ، ومجلس القتال غير مجلس البيع والشراء ؛ ويبطل بتبدّل المجلس . وإن كانت معذورة فان محمدا

فإذَا اخْتَارَتْ نَفْسَها فَهِيَ وَاحِدَةٌ بائِنَةٌ ، وَلا يَكُونُ ثَلاثا وَإنْ نَوَاها ، وَلا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ أوْ ما يَدُلُّ عَلَيْهِ فى كَلامِهِ أوْ كَلامِها ،

رحمه الله قال : إذا أخذ الزوج بيدها وأقامها من المجلس بطل خيارها ، ولو كانت فى صلاة مكتوبة أو وتر فأتمّها لايبطل ، وكذا فى التطوّع إن تمت ركعتين لأنها ممنوعة عن قطعها ، وإن تمت أربعا بطل لأن الزيادة على ركعتين فى النفل كالدخول فى صلاة أخرى . وعن محمد فى الأربع قبل الظهر لاتبطل وإن أتمّها أربعا ، وهو الصحيح ، ولو كانت قائمة فقعدت فهى على خيارها لأنه دليل التروّى ، فان القعود أجمع للرأى ، وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت ، أو متكئة فقعدت ، لأنه انتقال من جلسة إلى جلسة وليس باعراض ، كما إذا تربعت بعد أن كانت محتبية . وقيل إذا كانت قاعدة فاتكأت بطل خيارها لأنه إظهار للتهاون بالأمر فكان إعراضا ، والأوّل أصحّ ، ولو كانت قاعدة فاضطجعت فعن أبى يوسف روايتان ، وإن كانت تسير على دابة أو فى محمل فوقفت فهى على خيارها ، وإن سارت بطل خيارها ، إلا أن تختار مع سكوت الزوج ، لأن سير الدابة ووقوفها مضاف إليها ، فاذا سارت كان كمجلس آخر (فإذا اختارت نفسها فهى واحدة بائنة) لأن اختيارها نفسها يوجب اختصاصها بها دون غيرها وذلك بالبينونة (ولا يكون ثلاثا وإن نواها) لأن الاختيار لايتنوّع (ولا بدّ من ذكر النفس أو ما يدلّ عليه فى كلامه أو كلامها) مثل أن يقول اختارى نفسك فتقول اخترت ، أو يقول لها اختارى فتقول اخترت نفسى لأن ذلك عُرف باجماع الصحابة ، وأنه المفسر من أحد الجانبين ، ولأن المبهم لايصلح تفسيرا للمبهم ، حتى لوقال لها اختارى ، فقالت اخترت فليس بشىء ، لأن الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق وضعا ، وإنما جعل بالسنة فيما إذا كان مفسرا ، فاذا لم يكن كذلك لايقع به شىء ، ولأن قوله اختارى ، وقولها اخترت ليس له مخصص بها فلا يقع الطلاق ، فإذا ذكرت النفس تخصص الاختيار لها فيقع . وقال فى المحيط : ولابدّ من ذكر النفس أو التطليقة أو الاختيارة فى أحد الكلامين لوقوع الطلاق ؛ أما ذكر النفس فلما ذكرنا ؛ وأما ذكر التطليقة فظاهر ؛ وأما الاختيارة فلأن الهاء تنبئ عن التفرّد ، واختيارها نفسها هو الذى يتحد مرّة ويتعدّد أخرى ، فصار مفسرا من جانبه . والقياس أن لايقع بالتخيير طلاق ، إن نوى ، لأنه لايملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره ، ولأن قولها أنا أختارنفسى يحتمل الوعد فلا يكون جوابا مع الاحتمال . وجه الاستحسان إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ولأن الشرع جعل هذا إيجابا وجوابا لما روى أنه لما نزل قوله تعالى - يا أيها النبىّ قل لأزواجك إن كنتنّ تردن الحياة الدنيا وزينتها - الآية ، « بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضى الله عنها ، فقال : إنى أخبرك بشىء فما عليك ألا تجيبينى حتى تستأمرى أبويك ثم أخبرها بالآية ، فقالت : أفى هذا أستأمر

وَلَوْ قالَ لَهَا : اخْتَارِى اخْتَارِى اخْتَارِى ، فَقَالَتْ : اخْتَرْتُ اخْتِيارَةً ، أَوْ قالَتِ اخْتَرْتُ الأُولى أوِ الوُسْطَى أوِ الأخيرَةَ فَهِىَ ثَلاثٌ (سم) ، وَلَوْ قالَتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِى أوِ اخْتَرْتُ نَفْسِى بِتَطْلِيقَةٍ فَهِىَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قالَ اخْتَارِى نَفْسَكِ أَوْ أَمْرُكِ بِيَدِكِ بِتَطْلِيقَةٍ ، فاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِىَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ خَيَّرَها فَقَالَتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِى لابَلْ زَوْجِى لايَقَعُ ، وَلَوْ قالَتْ : نَفْسِى أَوْ زَوْجِى لايَقَعُ ، وَلَوْ قالَتْ : نَفْسِى وَزَوْجِى طَلُقَتْ ، وَالأَمْرُ بِالْيَدِ كالتَّخْيِيرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى المَجْلِسِ ، إلاَّ أنَّهُ إذَا قالَ : أَمْرُكِ بِيَدِكِ وَنَوَى الثَّلاثَ صَحَّ ؛

أبوىّ يارسول الله ؟ لا ، بل أختار الله ورسوله » وأرادت بذلك الاختيار للحال ، وأعدّه رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا وإيجابا ، ولأن له أن يستديم النكاح وله أن يفارقها ، فله أن يقيمها مقام نفسه فى ذلك (ولو قال لها : اختارى اختارى اختارى ، فقالت : اخترت اختيارة ، أو قالت : اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة فهى ثلاث) ولا يحتاج إلى نية الزوج ، لأن تكرار هذا الكلام إنما يكون فى الطلاق دون غيره . أما قولها اختيارة فلأنها للمرّة ، ولو صرحت بالمرّة كانت ثلاثا فكذا هذا ، ولأنها للتأكيد والتأكيد بوقوع الثلاث . وأما قولها الأولى أو الوسطى أو الأخيرة فمذهب أبى حنيفة . وقالا تقع واحدة ، لأن ذكر الأولى أو الوسطى أو الأخيرة إن كان لايفيد الترتيب يفيد الإفراد لأنه يدلّ عليه فيعتبر فيه . وله أنها إنما تتصرّف فيما ملكته ، إذ المجتمع فى الملك كالمجتمع فى المكان ، وذلك لايحتمل الترتيب ، فان القوم المجتمعين فى مكان لايقال هذا أوّل وهذا آخر ، ويقال هذا جاء أوّلا وهذا آخرا ، فيكون الترتيب فى مجيئهما لافى ذاتهما ، وإذا كان كذلك لغا قولها الأولى أو الوسطى فبقى قولها اخترت ، ولو قالت اخترت وسكتت وقعت الثلاث كذا هذا (ولو قالت : طلقت نفسى أو اخترت نفسى بتطليقة فهى رجعية) لأنها اختارت نفسها بعد إنقضاء العدّة ، لأن هذا يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدّة (ولو قال : اختارى نفسك أو أمرك بيدك بتطليقة فاختارت نفسها فهى واحدة رجعية) لأن ذكر الطلاق يعقب الرجعة ، وصار كأنه قال : طلقى نفسك (ولو خيرها فقالت : اخترت نفسى لابل زوجى لايقع) لأنه للإضراب عن الأوّل فلا يقع (ولو قالت : نفسى أو زوجى لايقع) لأن أو للشكّ فلا يقع الطلاق بالشكّ ، وخرج الأمر من يدها لاشتغالها بشىء آخر (ولو قالت : نفسى وزوجى طلقت) ولا يصحّ العطف (والأمر باليد كالتخيير يتوقف على المجلس) على ما ذكرنا (إلا أنه إذا قال : أمرك بيدك ونوى الثلاث صحّ) لأنه يحتمل العموم والخصوص ، والاختيار لايحتمل العموم ، فان الأمر باليد

وَلَوْ قالَتْ فى جَوَابِ الأمْرِ باليَدِ : اخْتَرْتُ نَفْسِى بِوَاحِدَةٍ فَهِىَ ثَلاثٌ ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : أمْرُكِ بِيَدِكِ فاخْتارَتْ نَفْسَها يَقَعُ ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : طَلِّقِى نَفْسَكِ فَلَهَا أنْ تُطَلِّقَ فى المَجْلِسِ وَتَقَعُ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَلَيْسَ لَهُ أنْ يَرْجِعَ عَنْهُ ، وَإنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلاثا وَقَدْ أرَادَهَا الزَّوْجُ وَقَعْنَ ، وَلا تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنْتَيْنِ (ز) إلاَّ أنْ تَكُونَ أمَةً فَيَصِحُّ ، وَلَوْ كانَتْ حُرَّةً وَقَدْ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً لايَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنْتَيْنِ . وَلَوْ قالَتْ : أبَنْتُ نَفْسِى طَلُقَتْ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : أمْرُكِ بِيَدِكِ ، فَقَالَتْ : أنْتَ عَلَىَّ حَرَامٌ ، أوْ أنْتَ مِنِّى بائِنٌ ، أوْ أنا عَلَيْكَ حَرَامٌ ، أوْ أنا مِنْكَ بائِنٌ ، فَهُوَ جَوَابٌ وَطَلُقَتْ ،

يُنْبِى عن التمليك وضعا ، قال تعالى ـ والأمر يومئذ لله ـ والاختيار عرف تمليكا شرعا لاوضعا ، والإجماع انعقد فىالطلقة الواحدة لاغير ، فلهذا صحت نية الثلاث فى الأمر باليد دون التخيير (ولو قالت فى جواب الأمر باليد : اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث) لأنها صفة الاختيارة ، لأن الاختيارة تصلح جوابا للأمر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فصار كما إذا قالت : اخترت نفسى مرّة واحدة ، وبذلك يقع الثلاث (ولو قال لها : أمرك بيدك فاختارت نفسها) قيل لايقع ، والأصحّ أنه (يقع) ولو قال لها : إن دخلت الدار فأمرك بيدك إن طلقت نفسها كما وقعت قدمها فيها طلقت ، وإن طلقت بعد ما مشت خطوتين لم تطلق (ولو قال لها : طلّقى نفسك فلها أن تطلق فى المجلس) لأن المرأة لاتكون وكيلة فى حقّ نفسها فكان تمليكا (وتقع واحدة رجعية ، وليس له أن يرجع عنه) لأنه تمليك فيه معنى التعليق ، لأنه علق الطلاق بتطليقها ، وكذا قوله أنت طالق إن شئت أو أحببت أو هويت أو أردت أو رضيت ، لأن كله تعليق بفعل القلب فهو كالخيار (وإن طلقت نفسها ثلاثا وقد أرادها الزوج وقعن) لأن معناه افعلى الطلاق وهو اسم جنس فيتناول الأدنى مع الجميع كسائر أسماء الأجناس فتصحّ نية الثلاث وينصرف إلى الأدنى عند عدمها على ما مرّ (ولا تصحّ نية الثنتين) لأنه عدد خلافا لزفر وقد بيناه (إلا أن تكون أمة فيصحّ) لأنه الجنس فى حقها (ولوكانت حرّة وقد طلقها واحدة لاتصحّ نية الثنتين) لأنه ليس بجنس فى حقها (ولو قالت : أبنت نفسى طلقت واحدة رجعية) لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ، إلا أنها زادت فيها وصف الإبانة فيلغو ، كما إذا قالت طلقت نفسى بائنة . وعن أبى حنيفة : لايقع شىء لأنها أتت بغير ما فوّض إليها ، ويتقيد بالمجلس كما فى المخيرة لأنه تمليك أيضا (ولو قال لها : أمرك بيدك ، فقالت : أنت علىّ حرام ، أو أنت منى بائن ، أو أنا عليك حرام ، أو أنا منك بائن ، فهو جواب وطلقت) لأن هذه الألفاظ تفيد الطلاق كما إذا قالت طلقت نفسى ، ولو قالت أنت منى طالق لم يقع

وَلَوْ قالَتْ : أنا مِنْكَ طالِقٌ ، أَوْ أنا طالِقٌ وَقَعَ ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : طَلِّقِي نَفْسَكِ مَتَى شِئْتِ ، أَوْ مَتَى مَاشِئْتِ ، أَوْ إِذَا شِئْتِ ، أَوْ إِذَا ماشِئْتِ لايَتَقَيَّدُ بِالمَجْلِسِ ، وَلَوْ رَدَّتْهُ لايَرْتَدُّ ، وكَذَا لَوْ قالَ لِغَيْرِهِ : طَلِّقِ امْرأَتِى ، وَلَوْ قالَ لَهُ : إِنْ شِئْتَ اقْتَصَرَ عَلَى المَجْلِسِ (ز) ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : طَلِّقِي نَفْسَكِ كُلَّما شِئْتِ فَلَهَا أن تُفَرِّقَ الثَّلاثَ وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَجْمَعَهَا ؛ وَلَوْ قالَ طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلاثا فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ ؛ وَلَوْ قالَ : وَاحِدَةً فَطَلَّقَتْ ثَلاثا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ (سم) ؛

شيء (ولو قالت : أنا منك طالق ، أو أنا طالق وقع) لأن المرأة توصف بالطلاق دون الرجال (ولو قال لها : طلقى نفسك متى شئت ، أومتى ماشئت ، أو إذا شئت ، أو إذا ما شئت لايتقيد بالمجلس) لأنها لعموم الأوقات كأنه قال : فى أىّ وقت شئت ، وهذا فى متى ومتى ما ظاهر ؛ وأما إذا وإذاما فقد سبق الكلام فيه والعذر عنه (ولو ردّته لايرتدّ) لأنه ملكها الطلاق فى أىّ وقت شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة فلا يرتدّ بالردّ (وكذا لو قال لغيره : طلق امرأتى) لايتقيد بالمجلس لأنه توكيل (ولو قال له : إن شئت اقتصر على المجلس) وقال زفر : هو والأوّل سواء لأنه توكيل كما إذا سكت عن المشيئة . ولنا أنه تمليك حيث علقه بالمشيئة ، والمالك يتصرّف بالمشيئة ، والتمليك يقتصر على المجلس لما عرف ؛ ولو قال لها : أنت طالق إن أحببت ، فقالت شئت وقع ؛ ولوقال : إن شئت فقالت أحببت لايقع ؛ والفرق أن المشيئة إرادة وإيجاب وفيها معنى المحبة وزيادة فقد وجد الشرط فى الأولى وزيادة والمحبة ليس فيها إيجاب فلم يوجد فى المسئلة الثانية المشيئة بتلك الصفة فلم يوجد الشرط (ولو قال لها : طلقى نفسك كلما شئت فلها أن تفرق الثلاث) لأن كلما تقتضى تكرار الفعل ويقتصر على المملوك من الطلاق فى النكاح القائم حتى لوطلقها ثلاثاعادت إليه بعد زوج آخر لاتملك التطليق (وليس لها أن تجمعها) لأنها توجب عموم الانفراد لاعموم الاجتماع وقال زفر : لايقتصر على المملوك فى النكاح حتى كان لها أن تطلق نفسها بعد زوج آخر عملا بحقيقة كلمة كلما . ولنا أنه تمليك فلا يصحّ إلا فيما هو فى ملكه ، ولا يملك أكثر من الثلاث ، وعلى هذا الإيلاء إذا وقع به ثلاث طلقات ثم عادت إليه لايعود الإيلاء عندنا ، وعنده يعود (ولو قال : طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهى واحدة) لأنها أوقعت بعض ما ملكت (ولو قال : واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شىء) عند أبى حنيفة ، وقالا : تقع واحدة لأنها ملكت الواحدة ، وقد أتت بالزيادة عليها فتلغو كما إذا قال لها أنت طالق أربعا . فانه يقع الثلاث ويلغو الزائد . وله أن الواحدة غير الثلاث لفظا ومعنى فقد أتت بغير ما ملكها فكان كلاما مبتدأ فلا يقع ، بخلاف الزوج لأنه يملك الثلاث

وَلَوْ قالَ لَهَا : طَلِّقِي نَفْسَكِ وَاحِدَةً أَمْلِكُ الرَّجْعَةَ ، فَقالَتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِي وَاحِدَةً بائِنَةً فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قالَ : وَاحِدَةً بائِنَةً ، فَقالَتْ : طَلَقْتُ رَجْعِيَّةً فَهِيَ بائِنَةٌ ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : أَنْتِ طالِقٌ كَيْفَ شِئْتِ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَإِنْ لَمْ تَشَأْ فانْ شاءَتْ بائِنَةً أَوْ ثَلاثاً وَقَدْ أَرادَ الزَّوْجُ ذلكَ وَقَعَ ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مَشِيئَتُها وَإِرادَتُهُ فَوَاحِدَةٌ (سم) رَجْعِيَّةٌ

وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ما شِئْتِ أَوكَمْ شِئْتِ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ما شاءَتْ ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا طَلِّقِي نَفْسَكِ مِنْ ثَلاثٍ ماشِئْتِ فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ ثَلاثاً وَتُطَلِّقَ ما دونَهَا (سم) :

فيتصرّف فيها بحكم الملك ، والزائد عليها لغو فبطل (ولو قال لها : طلّق نفسك واحدة أملك الرجعة ، فقالت : طلقت نفسى واحدة بائنة فهى رجعية) لأنها أتت بالأصل فصح ووقع ما أمرها به ثم أتت بزيادة وصف فيلغو إذ لاحاجة إليه (ولو قال: واحدة بائنة ، فقالت : طلقت رجعية فهى بائنة) لما قلنا (ولوقال لها : أنت طالق كيف شئت وقعت واحدة رجعية وإن لم تشأ ، فان شاءت بائنة أو ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقع) للاتفاق بين إرادته ومشيئتها (وإن اختلفت مشيئتها وإرادته فواحدة رجعية) لأنها لما خالفته لغا تصرّفها فبقى أصل الإيقاع . وقال أبو يوسف ومحمد : لايقع شىء ما لم توقع المرأة فتشاء ثلاثا أو واحدة رجعية أو بائنة والعتق على هذا الخلاف . لهما أنه فوّض إليها التطليق على أى صفة شاءت فوجب أن يتعلق بمشيئتها أصل الطلاق حتى تملك ذلك قبل الدخول وبعده ، ولو وقع بمجرّد إيقاعه لايملك قبل الدخول . ولأبى حنيفة أن كيف للاستيصاف فتقتضى ثبوت أصل الطلاق ، ويكون التفويض إليها فى الصفة عملا بحقيقة كلمة كيف (ولو قال : أنت طالق ما شئت أوكم شئت فلها أن تطلق نفسها ما شاءت) لأنهما يستعملان للعدد فقد فوّض إليها أىّ شىء شاءت من العدد (ولو قال لها : طلّق نفسك من ثلاث ما شئت فليس لها أن تطلق ثلاثا وتطلق ما دونها) وقالا : لها أن تطلق ثلاثا إن شاءت ، لأن ما للعموم ومن تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كقوله : كل من طعامى ما شئت. ولأبى حنيفة أن من حقيقة للتبعيض ، وما للتعميم فيعمل بهما ، فجعلنا المفوّض إليها بعض الثلاث ، لكن بعضا له عموم وهو ثنتان ، وإنما ترك التبعيض فى النظير لدلالة الحال ، وهو إظهار السماحة والكرم ؛ ولو قال : إن شئت فأنت طالق إذا شئت ، فهما مشيئتان : إحداهما على المجلس ، والثانية مطلقة معلقة بالوقت ، فان قامت بطلتا أما المؤقتة فلتوقتها بالمجلس ، وأما المطلقة فلتعلقها بها ، وإن شاءت يصير كأنه قال لها فى ذلك الوقت: أنت طالق إذا

. . . .

شئت ، ولو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال لا ونوى الطلاق وقع ، ذكره فى المحيط وقال هو الصحيح ؛ وكذا لو قالت : لست لى بزوج ، فقال الزوج : صدقت ونوى الطلاق ؛ وكذا قوله : لست لى بامرأة ، أو ما أنت لى بامرأة ، أو لست لك بزوج ، أو ما أنا لك بزوج ونوى الطلاق يقع ؛ وقالا : لايقع لأنه إخبار كذب فلا يقع وإن نوى . وله أنه يحتمل الطلاق بالإضمار تقديره : لست لى بامرأة لأنى طلقتك ، وإذا احتمل ذلك ونواه صحت نيته فيقع الطلاق ؛ ولو قال له آخر : هل امرأتك إلا طالق ؟ فقال الزوج : لا طلقت ولو قال نعم لاتطلق ، لأن قوله نعم معناه نعم امرأتى غير طالق ، وقوله لا معناه ليس امرأتى إلا طالق ؛ ولوقال لامرأته : قولى أنا طالق لم تطلق حتى تقول لأنه أمر بالإنشاء ؛ ولو قال لغيره : قل لامرأتى إنها طالق طلقت قال أو لم يقل ، لأنه أمره بالإخبار وأنه يستدعى سبق المخبر به ؛ ولو قال له آخر : إن لم تقض حتى اليوم فامرأتك طالق ، قال نعم وأراد جوابه انعقدت يمينه ، لأن الجواب يستدعى إعادة السؤال ، فكأنه قال : نعم امرأتى طالق إن لم أقض حقك ؛ ولو قال لها : اعتدى اعتدى اعتدى وقال نويت واحدة صدق ديانة ويقع ثلاثا فى القضاء ؛ ولو قال : عنيت بالثانية العدة صدق قضاء ؛ ولو قال : نويت بالأولى طلاقا ولم أنو بالثانية والثالثة شيئا فهى ثلاث لأنهما فى حال مذاكرة الطلاق فتتعين له.

ومن الكنايات الكتابة ، فاذا كتب طلاق امرأته فى كتاب أو لوح أو على حائط أو أرض لايقع إلا بالنية . وأصله أن الكتابة حروف منظومة تدل على معان مفهومة كالكلام ، وكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم قامت مقام قوله فى الدعاء إلى الإسلام حتى وجب على كل من بلغته ، فنقول : إذا كتب ما لايستبين أو كتب فى الهواء فليس بشىء ، لأن ما لايستبين فى الكتابة كالمجمجة (١) والكلام الغير المفهوم ، وإذا كتب ما يستبين فلا يخلو إما إن كان على وجه المخاطبة أولا ، فإن لم يكن على وجه المخاطبة مثل أن يكتب امرأته طالق فانه يتوقف على النية ، لأن الكتابة تقوم مقام الكلام كالكتابة مع الصريح ، وإن كتب على وجه الخطاب والرسالة مثل أن يقول : يا فلانة أنت طالق ، أو إذا وصل إليك كتابى فأنت طالق ، فانه يقع به الطلاق من غير نية ، ولا يصدق لأنه مانوى أنه ظاهر فيه ، ثم إن كان بغير تعليق وقع للحال كأنه قال لها أنت طالق ، وإن كان معلقا بأن كتب إذا جاءك كتابى فأنت طالق لايقع حتى يصل إليها ، لأنه علق الوقوع بشرط فلا يقع قبله ، كما إذا علقه بدخول الدار . فان وصل الكتاب إلى أبيها فمزقه ولم يدفعه إليها إن كان هو المتصرف فى أمورها وقع الطلاق لأنه كالوصول إليها ، وإن لم يكن هو المتصرف فى أمورها لايقع وإن أخبرها

(١) المجاج : الريق ، ومجمج الخط : خلطه وأفسده بالقلم وغيره اهـ مغرب .

وألْفاظُ الشَّرْطِ : إنْ وَإذَا وَإذاما وَمَتَى وَمَتَى ما وَكُلٌّ وَكُلَّما ، فاذَا عَلَّقَ الطَّلاقَ بِشَرْطٍ وَقَعَ عَقِيبَهُ وَانْحَلَّتِ اليَمِينُ وَانْتَهَتْ إلاَّ فى كُلَّما ؛ وَلا يَصِحُّ التعْلِيقُ إلاَّ أنْ يَكُونَ الحالِفُ مالِكا كَقَوْلِه لامْرأتِه : إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فأنْتِ طالِقٌ ؛ أوْ يقُولُ لِعَبْدِه : إنْ كَلَّمْتَ زَيْدًا فأنْتَ حُرٌّ ؛ أوْ يُضِيفُهُ إلى مِلْكٍ كَقَوْلِه لأجْنَبِيَّةٍ : إنْ تزَوَّجْتُكِ فأنْتِ طالِقٌ ، أوْ كُلُّ امْرأةٍ أتزَوَّجُها فهِيَ طالِقٌ أوْ كُلُّ عَبْدٍ أشْتَرِيه فهُوَ حُرٌّ . وَزَوَالُ المِلْكِ لايُبْطِلُ اليَمِينَ ، فإنْ وُجِدَ الشَّرْطُ فى مِلْكٍ انْحَلَّتْ وَوَقَعَ الطَّلاقُ ، وَإنْ وُجِدَ فى غَيْرِ مِلْكٍ انْحَلَّتْ ولَمْ يَقَعْ شَىْءٌ ؛ وَإذَا اخْتَلَفا فى وُجُودِ الشَّرْطِ فالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ وَالبَيِّنَةُ لِلمَرْأةِ ،

ما لم يدفعه إليها لأنه كالأجنبى قال (١) (وألفاظ الشرط : إن وإذا وإذاما ومتى ومتى ما وكلّ وكلما) لأنها مستعملة فيه وضعا . أما إن فشرط محض ليس فيه معنى الوقت وماوراءها فيها معنى الوقت على ما بيناه ؛ وكلمة كل ليست بشرط لأنها يليها الاسم ، والشرط ما يليه الفعل لأنه يتعلق به الجزاء وهو فعل ، إلا أنه لتعلق الفعل بالاسم الذى يليها ألحق بالشرط مثل قوله : كلّ عبد اشتريته فهو حرّ . قال (فإذا علق الطلاق بشرط وقع عقيبه وانحلت اليمين وانتهت) لأن الفعل إذا وجد ثمّ الشرط فلا تبقى اليمين (إلا فى كلما) فانها لعموم الأفعال ، قال تعالى - كلما نضجت جلودهم - الآية ، وإذا كانت للعموم يلزم التكرار ضرورة حتى تقع الثلاث المملوكات فى النكاح القائم ، فلو تزوّجها بعد زوج آخر ووجد الشرط لم يقع شىء خلافا لزفر لمقتضى العموم . ولنا أنه إنما علق ما يملكه من الطلقات ، وقد انتهى ذلك وهو الجزاء فتنتهى اليمين ضرورة . قال (ولا يصحّ التعليق إلا أن يكون الحالف مالكا كقوله لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، أو يقول لعبده : إن كلمت زيدا فأنت حرّ ، أو يضيفه إلى ملك كقوله لأجنبية : إن تزوّجتك فأنت طالق ، أوكل امرأة أتزوّجها فهى طالق ، أوكل عبد أشتريه فهو حرّ) لأنه لابدّ أن يكون الجزاء ظاهرا ليكون مخوّفا ليتحقق معنى اليمين وهو القوّة على المنع أو الحمل ، ولا ظهور له إلا بأحد هذين . قال (وزوال الملك لايبطل اليمين) لأنه لم يوجد الشرط (فإن وجد الشرط فى ملك انحلت) اليمين (ووقع الطلاق) لأن الشرط وجد والمحلّ قابل للجزاء فينزل وينتهى اليمين لمامرّ (وإن وجد فى غير ملك انحلت) لوجود الشرط (ولم يقع شىء) لعدم قبول المحلّ ؛ وفى كلما لاتنحلّ اليمين بوجود الشرط حتى يقع الثلاث على ما بيناه (وإذا اختلفا فى وجود الشرط فالقول للزوج) لأنه منكر ومتمسك بالأصل وهو العدم (والبينة للمرأة) لأنها مدعية مثبتة .

---

(١) مسائل التعليق بالشرط .

وَمَا لايُعْلَمُ إلاّ مِنْ جِهَتِها فالْقَوْلُ قَوْلُهَا فى حَقِّ نَفْسِها ، كَقَوْلِهِ : إنْ حِضْتِ فأنْتِ طالِقٌ وَفُلانَةُ ، فَقالَتْ حِضْتُ طَلُقَتْ هِىَ خاصَّةً ، وَكَذَا التَّعْلِيقُ بِمَحَبَّتِها ؛ وَلَوْ قالَ : إنْ كُنْتِ تُحِبِّينَ أنْ يُعَذِّبَكِ اللهُ بِنارِ جَهَنَّمَ فأنْتِ طالِقٌ وَعَبْدِى حُرٌّ ، فَقالَتْ أُحِبُّ طَلُقَتْ وَلَمْ يَعْتِقِ العَبْدُ ؛ وَلَوْ قالَ : إنْ وَلَدْتِ غُلاما فأنْتِ طالِقٌ وَاحِدَةً ، وَإنْ وَلَدْتِ جارِيَةً فَثِنْتَيْنِ فَوَلَدَتْهُما وَلا يُدْرَى أيُّهُما أوَّلا طَلُقَتْ وَاحِدَةً ، وفِى التَّنَزُّهِ ثِنْتَيْنِ ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا: إنْ جامَعْتُكِ فأنْتِ طالِقٌ ثَلاثا فأوْلَجَهُ وَلَبِثَ ساعَةً فَلا شَىْءَ عَلَيْهِ ، وَإنْ نَزَعَهُ ثُمَّ أوْلَجَهُ فَعَلَيْهِ مَهْرٌ ، وَلَوْ كانَ الطَّلاقُ رَجْعِيا تَحْصُلُ المُراجَعَةُ بالإيلاجِ الثَّانِى .

قال (وما لايعلم إلا من جهتها فالقول قولها فى حقّ نفسها ، كقوله : إن حضت فأنت طالق وفلانة ، فقالت حضت طلقت هى خاصة) والقياس أن لاتطلق لأنه شرط كغيره من الشروط . وجه الاستحسان أنها أمينة فى ذلك ولا يعرف إلا من جهتها ، وقد اعتبر الشرع قولها فى ذلك فى العدة والوطء ، فكذا هذا إلا أنه فى حقّ ضرّتها شهادة وهى متهمة فلا يقبل قولها وحدها . قال (وكذا التعليق بمحبتها) وهو أن يقول : إن كنت تحبينى فأنت طالق وفلانة ، فقالت أحبك طلقت وحدها (ولو قال : إن كنت تحبين أن يعذّبك الله بنار جهنم فأنت طالق وعبدى حرّ ، فقالت أحبّ طلقت ولم يعتق العبد) لما ذكرنا ، ولا يتيقن كذبها لأنها قد تؤثر العذاب على صحبته لبغضها إياه ؛ ولو قال لها : إن كنت تحبينى بقلبك فأنت طالق ، فقالت أحبك وهى كاذبة طلقت . وقال محمد : لاتطلق لأن المحبة إذا علقت بالقلب يراد بها حقيقة الحبّ ولم يوجد . ولهما أن المحبة فعل القلب فيلغو ذكر القلب فصار كما إذا أطلق ، ولو أطلق تعلق بالإخبار عن المحبة كذا هذا . قال (ولو قال : إن ولدت غلاما ، فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت جارية فثنتين فولدتهما ولا يدرى أيهما أوّلا طلقت واحدة ، وفى التنزّه ثنتين) لأن الواحدة متيقنة وفى الثانية شك فلا يقع فى القضاء ، والأحوط أن يأخذ بوقوع الثنتين وانقضت العدّة بيقين ، لأن الطلاق وقع بالولد الأوّل وانقضت العدة بالثانى . قال (ولو قال لها : إن جامعتك فأنت طالق ثلاثا فأولجه ولبث ساعة فلا شىء عليه ، وإن نزعه ثم أولجه فعليه مهر ، ولو كان الطلاق رجعيا تحصل المراجعة بالإيلاج الثانى) وعن أبى يوسف : أنه يجب المهر باللبث فى الثلاث ويصير مراجعا به فى الواحدة لوجود الجماع بالدوام عليه ، إلا أنه لايجب الحدّ للاتحاد . ولهما أن الجماع إدخال الفرج ولا دوام للإدخال . أما إذا أخرج ثم أدخل

وَلَوْ قالَ لَهَا : أنْتِ طالِقٌ إنْ شاءَ اللهُ ، أوْ ما شاءَ اللهُ ، أوْ ما لَمْ يَشإِ اللهُ ، أوْ إلاَّ أنْ يَشاءَ اللهُ لايَقَعُ شَيْءٌ إنْ وَصَلَ ؛ وَلَوْ قالَ : أنْتِ طالِقٌ ثَلاثا إلاَّ وَاحِدَةً طَلُقَتْ ثِنْتَيْنِ ، وَلَوْ قالَ : إلاَّ ثِنْتَيْنِ طَلُقَتْ وَاحِدَةً ؛ وَلا يَصِحُّ اسْتِثْناءُ الكُلِّ مِنَ الكُلِّ ، فَلَوْ قالَ : أنْتِ طالِقٌ ثَلاثا إلاَّ ثَلاثا وَقَعَ الثَّلاثُ

وَبَطَلَ الاسْتِثْناءُ ، وَلَوْ قالَ : أنْتِ طالِقٌ ثَلاثا ، وَثَلاثا إلاَّ أرْبَعا وَقَعَ ثَلاثٌ ، فقد وجد الإدخال بعد الطلاق ، ولم يجب الحدّ لشبهة الاتحاد من حيث المجلس والمقصود ، وإذا لم يجب الحدّ لم يجب العقر ، لأن الوطء لايخلو عن أحدهما .

فصــــل

(ولو قال لها : أنت طالق إن شاء الله ، أو ما شاء الله ، أو ما لم يشأ الله ، أو إلا أن يشاء الله لايقع شيء إن وصل) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله متصلا به لاحنث عليه » ولأنه تعليق بشرط لايعلم وجوده فلا يقع بالشكّ ، إذ المعلق بالشرط عدم قبله ، وكذا إذا علقه بمشيئة من لاتعلم مشيئته من الخلق كالملائكة والشيطان والجنّ ؛ ويصحّ الاستثناء موصولا لامفصولا لما روينا ، ولأنه إذا سكت ثبت حكم الأوّل ، فيكون الاستثناء أو التعليق بعده رجوعا عنه فلا يقبل ، ولوسكت قدر ما تنفس أو عطس أو تجشأ أو كان بلسانه ثقل فطال تردّده ثم قال إن شاء الله صحّ الاستثناء ، وإن تنفس باختياره بطل ؛ ولو حرّك لسانه بالاستثناء صحّ عند الكرخي وإن لم يكن مسموعا . وقال الهندوانى : لايصحّ ما لم يكن مسموعا ؛ ولو قال أنت طالق فجرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد لايقع كما لو قال أنت طالق فجرى لسانه أو غير طالق ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا ، وثلاثا إن شاء الله ، أو ثلاثا وواحدة إن شاء الله بطل الاستثناء ، وقالا : هو صحيح ، وكذا لو قال لعبده : أنت حرّ وحرّ إن شاء الله ، لأن الكلام واحد وإنما يتمّ بآخره وأنه متصل . ولأبى حنيفة أنه استثناء منقطع لأن قوله وثلاثا أو واحدة أو حرّ لغو لافائدة فيه فكان قاطعا ؛ ولو قال : أنت طالق واحدة وثلاثا إن شاء الله صحّ بالإجماع ، وكذلك أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله لأنه لم يتخلل بينهما كلام لغو (ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة طلقت ثنتين ، ولو قال : إلا ثنتين طلقت واحدة) وأصله أن الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا لأنه بيان أنه أراد بما تكلم ما وراء المستثنى (ولا يصحّ استثناء الكلّ من الكلّ ، فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا وقع الثلاث وبطل الاستثناء ، ولو قال : أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا وقع ثلاث).

وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ ثَلاثًا إلاَّ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً بَطَلَ الاِسْتِثْناءُ ، وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ عَشْرَةً إلاَّ تِسْعَةً وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ، وَلَوْ قالَ إلاَّ ثَمانِيَةً فَثِنْتانِ .

وَمَنْ أَبانَ امْرَأَتَهُ فى مَرَضِهِ ثُمَّ ماتَ وَرِثَتْهُ إنْ كانَتْ فى العِدَّةِ ، وَإِنِ انْقَضَتْ عِدَّتُها لَمْ تَرِثْ .

عند أبى حنيفة ، وعلى قياس قولهما تقع واحدة (١) بناء على ما تقدم (ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء) لأنه استثنى الكلّ (ولو قال : أنت طالق عشرة إلا تسعة وقعت واحدة ، ولو قال : إلا ثمانية فثنتان) وأصله أنه إذا أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى والكلام كله صحيح فالاستثناء عامل فى جملة الكلام ولا يكون مستثنيا من جملة الثلاث التى يصحّ وقوعها فيقع الاستثناء من جملة الكلام ويقع ما بقى إن كان ثلاثا أو أقلّ ، لأن الاستثناء يتبع اللفظ ولا يتبع الحكم . والجملة المتلفظ بها جملة واحدة فيدخل الاستثناء عليها فيسقط ما تضمنه الاستثناء ، وتقع بقية الجملة إن كان مما يصحّ وقوعه ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة وقعت واحدة لأنه يجعل كل استثناء مما يليه ، فاذا استثنيت الواحدة من الثلاثة بقيت ثنتان ، وإذا استثنيتهما من الثلاث بقيت واحدة ، كأنه قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين ، فان قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة تقع واحدة، لأنه استثنى الواحدة من الثنتين فتبقى واحدة فيستثنيها من الثلاث يبقى ثنتان يستثنيهما من الثلاث تبقى واحدة ، وكذا لو قال : عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة تقع ثنتان لأنه استثنى السبعة من الثمانية تبقى واحدة ، ثم استثنى الواحدة من التسعة تبقى ثمانية ، ثم استثنى الثمانية من العشرة تبقى ثنتان ، وعلى هذا جميع هذا النوع ، وتقريبه أن تعقد العدد الأول بيمينك والثانى بيسارك والثالث بيمينك والرابع بيسارك ، ثم أسقط ما اجتمع فى يسارك مما اجتمع بيمينك فما بقى فهو الموقع .

فصـــل

(ومن أبان امرأته فى مرضه ثم مات ورثته إن كانت فى العدة ، وإن انقضت عدتها لم ترث) .

---

(١) قوله تقع واحدة ، الظاهر أن صوابه يقع ثنتان لاواحدة ، قال فى ردّ المختار وفى الفتح عن المنتقى : أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا فهى ثلاث عنده لأنه يصير قوله وثلاثا فاصلا لغوا ، وعندهما يقع ثنتان كأنه قال ستا إلا أربعا اه مصححه .

وَإِنْ أَبَانَهَا بِأَمْرِهَا ، أَوْ جَاءَتِ الفُرْقَةُ مِنْ جِهَتِهَا فِى مَرَضِهِ لَمْ تَرِثْ كَالمُخْتَيِّرَةِ وَالمُخْتَيِّرَةِ بِسَبَبِ الجَبِّ وَالعُنَّةِ وَالبُلُوغِ وَالعِتْقِ ، وَلَوْ فَعَلَتْ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الخِيارَاتِ وَهِىَ مَرِيضَةٌ وَرِثَهَا إِذَا مَاتَتْ وَهِىَ فِى العِدَّةِ ، وَمَرَضُ المَوْتِ هُوَ المَرَضُ الَّذِى أَضْنَاهُ وَأَعْجَزَهُ عَنِ القِيَامِ بِحَوَائِجِهِ ، فَأَمَّا مَنْ يَجِىءُ وَيَذْهَبُ بِحَوائِجِهِ وَيُحَمُّ فَلَا ؛ وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ بِفِعْلِهِ وَفَعَلَهُ فِى المَرَضِ وَرِثَتْ ، وَإِنْ عَلَّقَهُ بِفِعْلِ أَجْنَبِىٍّ أَوْ بِمَجِىءِ الوَقْتِ فِى المَرَضِ مِثْلُ قَوْلِهِ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ

وأصله أن الزوجية فى مرض الموت سبب يفضى إلى الإرث غالبا، فابطاله يكون ضررا بصاحبه ، فوجب ردّه دفعا لهذا الضرر فى حقّ الإرث ما دامت فى العدّة كما فى الطلاق الرجعى وتعذّر إبقاء الزوجية بعد انقضاء العدة لأنه لم يبق له أثر ولا حكم . قال (وإن أبانها بأمرها ، أو جاءت الفرقة من جهتها فى مرضه لم ترث كالمخيرة ، والمخيرة بسبب الجبّ والعنة والبلوغ والعتق) لأنا إنما اعتبرنا قيام الزوجية مع المبطل نظرا لها ، فاذا رضيت بالمبطل لم تبق مستحقة للنظر فعمل المبطل وهو الطلاق عمله (ولو فعلت ما ذكرنا من الخيارات وهى مريضة ورثها إذا ماتت وهى فى العدة) لأنها ممنوعة من إبطال حقه فبقينا النكاح فى حقّ الإرث دفعا للضرر عنه إلا فى الجبّ والعنة فانه لايرثها لأنه طلاق وهو مضاف إلى الزوج (ومرض الموت هو المرض الذى أضناه وأعجزه عن القيام بحوائجه ، فأما من يجىء ويذهب بحوائجه ويحم فلا) وقيل إن أمكنه القيام بحوائجه فى البيت وعجز عنها خارج البيت فهو مريض . وعن أبى حنيفة إذا كان مضنى لايقوم إلا بشدّة وتتعذّر عليه الصلاة جالسا فهو مريض ، والمحصور والواقف فى صفّ القتال والمحبوس للرجم والقصاص وراكب السفينة والنازل فى مسبعة يخاف الهلاك كالصحيح لأن الغالب فيه السلامة ، ومن قدم للقصاص والرجم أو بارز رجلا أو انكسرت السفينة وبقى على لوح أو وقع فى فم سبع كالمريض ، وكذلك المرأة إذا ضربها الطلق . أما المقعد والمفلوج ومن فى معناه كالصحيح ؛ وإذا كان أحد الزوجين ممن لايرث الآخر كالعبد والمكاتب مع الحرّة ، والحرّة الكتابية مع المسلم ، فطلقها ثلاثا فى مرضه ثم صار فى حال يتوارثان لو لم يقع الطلاق لاترثه ، لأنه لم يتعلق حقها بماله حالة الطلاق فلم يكن فارّا فلا يتهم (ولو علق طلاق امرأته بفعله وفعله فى المرض ورثت) سواء كان التعليق فى الصحة أو المرض لأنه قصد إضرارها حيث باشر شرط الحنث فى المرض ، وسواء كان له بدّ من الفعل أو لم يكن ، أما إذا كان فظاهر ، وأما إذا لم يكن فلأن له بدّا من التعليق فكان مضافا إليه (وإن علقه بفعل أجنبى أو بمجىء الوقت فى المرض مثل قوله : إذا جاء رأس الشهر

فأَنْتِ طالِق ، أَوْ إِنْ دَخَلَ فُلانٌ الدَّارَ أَوْ صَلَّى الظُّهْرَ فأَنْتِ طالِقٌ ، فانْ كانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فى المَرَضِ وَرِثَتْ ، وَإِنْ كانَ التَّعْلِيقُ فى الصِّحَّةِ وَالشَّرْطُ فى المَرَضِ لَمْ تَرِثْ (ز) ، وَإِنْ عَلَّقَهُ بِفِعْلِها وَلَهَا مِنْهُ بُدٌّ لَمْ تَرِثْ عَلَى كُلِّ حال ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِنْهُ بُدٌّ كالصَّلاةِ وَكَلامِ الأَقارِبِ وأَكْلِ الطَّعامِ وَاسْتِيفاءِ الدَّيْنِ وَرِثَتْ (م) .

فأنت طالق ،أوإن دخل فلان الدار أو صلى الظهر فأنت طالق ، فان كان التعليق والشرط فى المرض ورثت) لأنه قصد إضرارها بمباشرة التعليق فى المرض حال تعلق حقها بماله (وإن كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث) خلافا لزفر ، لأن المعلق بالشرط ينزل عند الشرط فصار كالمنجز فى المرض . ولنا أنه إنما يصير تطليقا عند الشرط حكما لاقصدا ولا ظلم إلا عند القصد (وإن علقه بفعلها ولها منه بدّ لم ترث على كلّ حال) لأنها راضية (وإن لم يكن لها منه بدّ كالصلاة وكلام الأقارب وأكل الطعام واستيفاء الدين ورثت) وقال محمد : إذا كان التعليق فى الصحة لاترث لأنه لاصنع له فى إبطال الشرط فلم يقصد إبطال حقها . ولهما أنها مضطرة إلى المباشرة فى هذه الأشياء لما يتعلق بتركها من العقاب فى الآخرة والضرر فى الدنيا والزوج هو الذى أبجأها إلى المباشرة فينتقل فعلها إليه وتصير كالآلة كما قلنا فى الإكراه ، وإنما يكون مرض الموت إذا مات منه ، أما لو برأ ثم مات انقطع حكم المرض الأوّل .

فصل فى طلاق المجهولة

أصله أن إضافة الطلاق إلى مجهولة ليس إلا تعليق الطلاق فى المعينة بالبيان لأنه لايقع على مجهولة وإنما يقع على المعينة ، وإنما ينزل بالبيان مقصورا عليه فكان للبيان حكم الإنشاء فى حقّ المعينة ، والإنشاء لايملك إلا بملك المحلّ ، فلو قال لامرأتيه إحداكما طالق طلقت واحدة منهما بغير عينها إذا لم يكن له نية فى معينة منهما لقوله عليه الصلاة والسلام « كلّ طلاق جائز » الحديث ، ولأن الجهالة مع الخطأ أجريا مجرى واحد ، ألا ترى أنهما يمنعان البيع ، ثم الطلاق يقع مع الحظر فكذا مع الجهالة ، ولأن البيع مع ضعفه يصحّ مع هذا الضرب من الجهالة حتى جاز بيع قفيز من صبرة فلأن يصحّ الطلاق معه أولى ، وللنساء أن يخاصمنه ويستعدين عليه إلى القاضى حتى يبين إذا كان الطلاق ثلاثا أو بائنا ، لأن لكل واحدة منهنّ حقا فى استيفاء منافع النكاح وأحكامه ، أو التوصل إلى التزوّج بزوج آخر ، وكان على الزوج البيان والقول قوله لأنه المجمل كمن أقرّ بشىء غير معين ، ويجبره القاضى أن يوقع الطلاق على معينة لتحصل الفائدة ، وعليها العدة من حين بين لما تقدّم ،

. . . .

فان لم يبين حتى ماتت إحداهما طلقت الباقية ، لأنه لم يبق من يستحق الطلاق غيرها ؛ وإن قال أردت الميتة لم يرثها وطلقت الباقية ، فيصدق فى الميتة على نفسه فى إسقاط إرثه ، ولا يصدق على الباقية فى صرف الطلاق عنها ، فان ماتتا واحدة بعد الأخرى فقال أردت الأولى لم يرث منهما لأنه سقط من الثانية بطريق الحكم ومن الأولى باعترافه ، ولو ماتتا معا ورث من كل واحدة منهما نصف ميراث ، فان قال أردت إحداهما سقط حقه من ميراثها ويرث من الأخرى نصف ميراثها لأنه لايصدق فى زيادة الاستحقاق ؛ ولو جامع إحداهما تعينت الأخرى للطلاق ، لأن الجماع دليل على تعيين الأخرى للطلاق لاستحالة أن يطأ المطلقة ، وكذلك لو قبلها أو حلف بطلاقها أو ظاهر منها ، لأن هذه الأحكام من خواص الزوجية فصارت كالجماع ؛ ولو طلق إحداهما بعينها وعنى به البيان صدق ، وإن لم ينو به البيان تعينت الأخرى للطلاق الأول . وعن محمد : لو كان الطلاق واحدة رجعية لم يكن وطء إحداهما بيانا للأخرى ؛ ولو مات الزوج قبل البيان فالميراث بينهما الربع أو الثمن ، لأن إحداهما زوجة قطعا وليست إحداهما أولى من الأخرى ؛ ولو طلق إحدى نسائه الأربع ثلاثا ثم اشتبهت وأنكرت كل واحدة أن تكون هى المطلقة لايقرب واحدة منهن لأنه حرمت عليه إحداهن ، ويجوز أن تكون كل واحدة . وقد قال أصحابنا : كل ما يباح عند الضرورة لايجوز التحرى فيه والفروج من هذا الباب ، ولهذا قالوا : إذا اختلطت الميتة بالمذبوحة إنه يتحرى لأن الميتة تباح عند الضرورة . وإن استعدين عليه إلى الحاكم فى النفقة والجماع أعدى عليه وحبسه حتى يبين التى طلق منهن ، ويلزمه نفقتهن لأن لكل واحدة منهن حق المطالبة بأحكام النكاح ، فكان على الحاكم إلزامه إيفاء للحق ، ويقضى عليه بنفقتهن لأنها تجب للمعتدة وللزوجة . وينبغى أن يطلق كل واحدة طلقة واحدة ، فاذا تزوجن بغيره جاز له التزوج بهن ، فان لم يتزوجن فالأفضل أن لايتزوج بواحدة ، ولو تزوج بالثلاث صح نكاحهن وتعينت الرابعة للطلاق ؛ وليس له أن يتزوج بالكل قبل أن يتزوجن بزوج آخر ، فان تزوجت واحدة منهن بزوج ودخل بها ثم تزوج الكل ذكر فى الجامع أنه يجوز نكاح الكل ، لأن الظاهر من حال المتزوجة إنما هى المطلقة ثلاثا حيث أقدمت على النكاح للتحليل ؛ ولو ادعت كل واحدة أنها المطلقة ثلاثا يحلف الزوج فان نكل وقع على كل واحدة الثلاث ، لأنه بالنكول صار باذلا أو مقرا لها بالثلاث ، وإن حلف لهن فالحكم كما قلنا قبل اليمين . وعن محمد : إذا حلف لإحدى المرأتين طلقت الأخرى ، وإن لم يحلف للأولى طلقت ، وإن تشاحا على اليمين حلف لهما بالله ما طلق واحدة منهما ، فان حلف فالأمر على ما كان ، وإن نكل طلقتا على ما بينا ، فان وطئ

باب الرجعة

الطَّلاقُ الرَّجْعِىُّ لا يُحَرِّمُ الوَطْءَ ، وَلِلزَّوْجِ مُرَاجَعَتُها فى العِدَّةِ بِغَيْرِ رِضَاها وَتَثْبُتُ الرَّجْعَةُ بِقَوْلِهِ ، رَاجَعْتُكِ ، وَرَجَعْتُكِ ، وَرَدَدْتُكِ وأمْسَكْتُكِ ، وَبِكُلِّ فِعْلٍ تَثْبُتُ بِهِ حُرْمَةُ المُصَاهَرَةِ مِنَ الجانِبَيْنِ ،

إحداهما فالتى لم يطأها مطلقة حملا لأمره على الصلاح أنه لم يطأها حراما .

باب الرجعة

وهى مصدر رجعه يرجعه رجعا ورجعة : إذا أعاده وردّه ، يقال : رجعت الأمر إلى أوائله : إذا رددته إلى ابتدائه . قال :

عسى الأيام أن يرجعـن قوما كالذى كانوا

وفى الشرع ردّ الزوجة إلى زوجها وإعادتها إلى الحالة التى كانت عليها . قال (الطلاق الرجعى لايحرم الوطء) وهو أن يطلق الحرّة واحدة أو ثنتين بصريح الطلاق من غير عوض والدليل عليه قوله تعالى ـ وبعولتهن أحقّ بردهنّ ـ والبعل هنا الزوج ، ولا زوج إلا بقيام الزوجية ، وقيام الزوجية يوجب حلّ الوطء بالنصّ والإجماع ، ولأن الله تعالى أثبت للزوج حقّ الردّ من غير رضاها ، والإنسان إنما يملك ردّ المنكوحة إلى الحالة التى كانت عليها قبل الطلاق فلايكون النكاح زائدا ما دامت العدة باقية فيحلّ الوطء . قال (وللزوج مراجعتها فى العدّة بغير رضاها) لما تلونا ولا خلاف فيه ، ولأن قوله تعالى ـ فى ذلك ـ أى فى العدّة لأنها مذكورة قبله ، ولقوله تعالى ـ فأمسكوهنّ بمعروف ـ والمراد الرجعة لأنه ذكره بعد الطلاق ، ثم قال ـ أو فارقوهنّ بمعروف ـ ولقوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فليراجعها » . قال (وتثبت الرجعة بقوله : راجعتك ورجعتك ورددتك ، وأمسكتك) لأنه صريح فيه . قال (وبكل فعل تثبت به حرمة المصاهرة من الجانبين) لقوله تعالى ـ فأمسكوهنّ بمعروف ـ والإمساك بالفعل أقوى منه بالقول ، ولأن الرجعة استدامة النكاح واستبقاؤه وهذه الأفعال تدلّ على ذلك ، وليست الرجعة بابتداء نكاح على ما زعمه بعضهم ، لأنا أجمعنا على أنه يملكها من غير رضاها ولا يشترط فيها الإيجاب والقبول ، ولا يجب فيها مهر ولا عوض ، لأن العوض إنما يجب عوضا عن ملك البضع ، والبضع فى ملكه ، ولو كان نكاحا مبتدأ لوجب ، والخلوة ليست برجعة ، لأنه لم يوجد ما يدلّ على الرجعة لاقولا ولا فعلا ، ولا يصحّ تعليق الرجعة بالشرط لأنه استدراك فلا يصحّ بالتعليق كاسقاط الخيار ، ولو قال لها : أنت عندى كما كنت أو أنت امرأتى

وَيُسْتَحَبُّ أنْ يُشْهِدَ عَلى الرَّجْعَةِ ، فانْ قالَ لَهَا بَعْدَ العِدَّةِ : كُنْتُ رَاجَعْتُكِ فى العِدَّةِ فَصَدَّقَتْهُ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ ، وَإنْ كَذَّبَتْهُ لَمْ تَصِحَّ وَلا يَمِينَ عَلَيْهَا (سم) وَإنْ قالَ لَهَا : رَاجَعْتُكِ ، فَقالَتْ مُجِيبَةً لَهُ : انْقَضَتْ عِدَّتِى فَلا رَجْعَةَ (سم) وَإذَا قالَ زَوْجُ الأمَةِ : رَاجَعْتُها فى العِدَّةِ وَصَدَّقَهُ المَولى (سم) ، وكَذَّبَتْهُ الأمَةُ أوْ بالعَكْسِ فَلا رَجْعَةَ ،

ونوى الرجعة صحّ وإلا فلا ، ويستحبّ أن يعلمها بالرجعة لتتخلص من قيد العدّة ، وإن لم يعلمها جاز ؛ وليس له أن يسافر بها حتّى يشهد على رجعتها لأنه لايجوز للمعتدّة الخروج من منزلها ، فاذا راجعها لم تبق معتدة فيجوز لها الخروج ، وإليه الإشارة بقوله تعالى ـ لاتخرجوهنّ من بيوتهنّ ـ . قال (ويستحبّ أن يشهد على الرجعة) لأن النصوص الدالة على الرجعة خالية عن قيد الشهادة ، ولما تقدّم أنها استدامة للنكاح ، والشهادة ليست بشرط حالة الاستدامة ، وإنما استحببناه تحرزا عن التجاحد ، وهو محمل قوله تعالى عقيب ذكر الرجعة والطلاق ـ وأشهدوا ذوى عدل منكم ـ وهكذا هو محمول فى الطلاق أيضا توفيقا بينه وبين النصوص الدالة على جواز الرجعة ووقوع الطلاق الخالية عن قيد الإشهاد (فان قال لها بعد العدة : كنت راجعتك فى العدّة فصدقته صحت الرجعة ، وإن كذبته لم تصحّ) لأنه متهم فى ذلك وقد كذبته فلا يثبت إلا ببينة ، فاذا صدقته ارتفعت التهمة (ولا يمين عليها) عند أبى حنيفة ، وهى مسألة الاستحلاف فى الأشياء الستة ، وقد سبقت فى الدعوى بتوفيق الله تعالى (وإن قال لها : راجعتك ، فقالت مجيبة له : انقضت عدتى فلا رجعة) وقالا : تصحّ الرجعة لأن الرجعة لاتتوقف على قبولها ، فلما قال راجعتك صحت الرجعة لأن الظاهر بقاء العدّة ، ولهذا لو قال طلقتك ، فقالت قد انقضت عدتى وقع الطلاق فصار كما إذا سكتت ساعة ثم قالت . ولأبى حنيفة أنها لما أخبرت بانقضاء عدتها فالظاهر تقدم انقطاع الدم على ذلك لأنها أخبرت بلفظ الماضى ، والظاهر أنها صادقة ، وأقرب أوقات الماضى وقت قوله ، ومسئلة الطلاق على الخلاف ، ولئن سلمت فنقول : الطلاق يقع بناء على إقراره ، ولو أقرّ بعد انقضاء العدّة حكم به ، بخلاف ما إذا سكتت ساعة لأنها تثبت الرجعة بسكوتها فلا يقبل قولها بعد ذلك . قال (وإذا قال زوج الأمة : راجعتها فى العدّة وصدقه المولى وكذبته الأمة أوبالعكس فلا رجعة) وقالا : إذا صدقه المولى صحت الرجعة لأنه أقرّ له بما هو خالص حقه فصار كما إذا أقرّ عليها بالنكاح . ولأبى حنيفة أن القول قولها فى العدّة والرجعة تنبنى عليها ؛ وأما إذا كذبه المولى وصدقته فعن أبى حنيفة روايتان ، والفرق على إحدى الروايتين أن العدّة منقضية فى الحال وصار ملك المتعة للمولى

وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ فِى الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشَرَةِ أَيَّامٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ ، وَإِنِ انْقَطَعَ لِأَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعْ حَتَّى تَغْتَسِلَ أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْها وَقْتُ صَلاةٍ أَوْ تَتَيَمَّمَ وَتُصَلِّيَ (مز) ، وَفِى الكِتابِيَّةِ تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ بِمُجَرَّدِ انْقِطاعِ الدَّمِ ، فان اغْتَسَلَتْ وَنَسِيَتْ شَيْئًا مِنْ بَدَنِها ، فإِنْ كانَ أَقَلَّ مِنْ عُضْوٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ ، وَلا تَحِلُّ لِلأَزْواجِ ، وَإِنْ كانَ عُضْوًا لَمْ تَنْقَطِعْ ؛ وَمَنْ طَلَّقَ امْرأَتَهُ وَهِيَ حامِلٌ وَقالَ : لَمْ أُجامِعْها فَلَهُ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ قالَ ذلكَ بَعْدَ الخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ فَلا رَجْعَةَ لَهُ ؛

فلا تملك إبطاله . قال (وإذا انقطع الدم فى الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل) لأنها خرجت من الحيضة الثالثة فقد انقضت العدّة (وإن انقطع لأقلّ من عشرة أيام لم تنقطع حتى تغتسل ، أو يمضى عليها وقت صلاة ، أو تتيمم وتصلى) لاحتمال عود الدم فلا بدّ من دخولها فى حكم الطاهرات وذلك بالغسل أو بمضيّ وقت صلاة لأنها تصير مخاطبة بها ، وهو من أحكام الطاهرات ، وكذا إذا تيممت وصلت ، والقياس أن تنقطع بمجرّد التيمم ، وهو قول محمد وزفر ، لأن التيمم كالغسل عند عدم الماء . وجه الاستحسان أن التيمم إنما اعتبر طهارة ضرورة كيلا تتضاعف عليه الواجبات ، أما إنه مطهر فى نفسه فلا بل هو ملوّث ، وهذه الضرورة تتحقق إذا أرادت الصلاة لاقبل ذلك ولا كذلك الغسل ولو تيممت وقرأت القرآن أو مست المصحف أو دخلت المسجد . قال الكرخى : انقطعت الرجعة لأنها من أحكام الطاهرات . وقال أبو بكر الرازى: لا لأنها ليست من أحكام الصلاة ولو اغتسلت بسؤر الحمار انقطعت ، ولا تحل للأزواج أخذا بالاحتياط (وفى الكتابية تنقطع الرجعة بمجرّد انقطاع الدم) لأنه لاغسل عليها فصارت كالمسلمة إذا اغتسلت (فان اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها ، فان كان أقلّ من عضو انقطعت الرجعة ولا تحلّ للأزواج) لأنه قليل يتسارع إليه الجفاف فلم نتيقن بعدم غسله، فقلنا بانقطاع الرجعة وعدم حلّ التزوّج أخذا بالاحتياط (وإن كان عضوا لم تنقطع) لأنه كثير لايتسارع إليه الجفاف فافترقا ، والمضمضة والاستنشاق كالعضو عند أبى يوسف لأن الحدث باق فى عضو . وعند محمد لا لوقوع الاختلاف فى فرضيتهما فينقطع حقّ الرجعة ، ولا تحلّ للأزواج احتياطا . قال (ومن طلق امرأته وهى حامل وقال لم أجامعها فله الرجعة) وكذا إذا ولدت منه لأن الحبل والولادة فى وقت يمكن حبله منه يجعل منه ، قال عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » وإذا كان منه كان واطئا ، والطلاق بعد الوطء يعقب الرجعة (وإن قال ذلك بعد الخلوة الصحيحة فلا رجعة له) لأن الرجعة إنما تثبت عقيب الطلاق فى ملك متأكد بالوطء ، وقد أقرّ بعدم الوطء فيثبت فيما له والرجعة حقه ، بخلاف المهر

وَإِذَا قالَ لَهَا : إِذَا وَلَدْتِ فأَنْتِ طالِقٌ فَوَلَدَتْ ثُمَّ وَلَدَتْ آخَرَ مِنْ بَطْنٍ أُخْرَى فَهِيَ رَجْعَةٌ ، وَالمُطَلَّقَةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ وَيُسْتَحَبُّ لِزَوْجِها أَنْ لايَدْخُلَ عَلَيْها حَتَّى يُؤْذِنَهَا ، وَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مُطَلَّقَتَهُ المُبانَةَ بِدُونِ الثَّلاثِ فِى العِدَّةِ وَبَعْدَها ، وَالمُبانَةُ بالثَّلاثِ لا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجا غَيْرَهُ نِكاحا صَحِيحا ، وَيَدْخُلُ بِها ثُمَّ تَبِينُ مِنْهُ ، وَلا تَحِلُّ لِلأَوَّلِ بِمِلْكِ اليَمِينِ وَلا بِوَطْءِ المَوْلَى وَالشَّرْطُ هُوَ الإِيلاجُ دُونَ الإِنْزالِ ،

لأن وجوبه بناء على تسليم المبدل لاعلى قبضه . قال (وإذا قال لها : إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم ولدت آخر من بطن أخرى فهى رجعة) لأن الطلاق وقع بالولد الأوّل ، والولد الآخر يكون من علوق آخر فى العدّة حملا لحالهما على الصلاح فيصير مراجعا بالوطء لأنها لم تقرّ بانقضاء عدتها . قال (والمطلقة الرجعية تتشوّف وتتزين (١)) لقيام النكاح بينها وبين الزوج على ما بينا ، والرجعة مستحبة والزينة حاملة عليها فتجوز (ويستحبّ لزوجها أن لايدخل عليها حتى يؤذنها) إذا لم يكن قصده الرجعة لاحتمال أن يقع نظره عليها وهى متجرّدة فتحصل الرجعة ثم يطلقها فتطول عليها العدّة . قال (وله أن يتزوّج مطلقته المبانة بدون الثلاث فى العدّة وبعدها) لأن حلّ المحلية باق إذ زوالة بالثالثة ولم توجد ، وإنما لايجوز لغيره فى العدّة تحرزا عن اشتباه الأنساب وهو معدوم فى حقه (والمبانة بالثلاث لاتحلّ له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم تبين منه) لقوله تعالى - فإن طلقها - يعنى الثالثة - فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - والنكاح المطلق فى الشرع ينصرف إلى الصحيح حتى لو دخل بها فى نكاح فاسد لاتحلّ للأوّل ، وقوله - حتى تنكح - يقتضى الدخول لما ذكرنا أن النكاح الشرعى هو الوطء ولقوله زوجا ونكاح الزوج لايكون إلا بالوطء ، ويدلّ عليه الحديث المشهور وهو ما روى فى الصحيح « أن عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك القرظى كانت تحت ابن عمها رفاعة بن وهب فطلقها ثلاثا فجاءت إلى النبىّ عليه الصلاة والسلام فقالت : يارسول الله إنى كنت تحت رفاعة فطلقنى فبتّ طلاقى ، فتزوّجت عبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدبة الثوب ، فتبسم صلى الله عليه وسلم وقال : أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟ قالت : نعم ، فقال : حتى يذوق عسيلتك وتذوقى عسيلته » وسواء دخل بها فى حيض أو نفاس أو إحرام لحصول الدخول (ولا تحلّ للأوّل بملك اليمين ولا بوطء المولى) لأن الشرط نكاح زوج غيره ولم يوجد (والشرط هو الإيلاج دون الإنزال) لحصول نكاح زوج غيره ، والحديث ورد

(١) التشوّف خاصّ بالوجه ، والتزين عامّ بالبدن فهو من عطف العامّ على الخاصّ

وأنْ يَكُونَ المُحَلِّلُ يُجامِعُ مِثْلُهُ ، فانْ تَزَوَّجَها بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ كُرِهَ (س) وَحَلَّتْ لِلأَوَّلِ (سم) ، وَالزَّوْجُ الثَّانِى يَهْدِمُ ما دُونَ الثَّلاثِ (مز) ، وَلَوْ طَلَّقَها ثَلاثا فَقالَتْ : قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِى وَتَحَلَّلْتُ وَانْقَضَتْ عِدَّتِى وَالمُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُها جازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَها

باب الإيلاء

على غالب الحال ، فان الغالب فى الجماع الإنزال أو نقول الكتاب عرى عن ذكر الإنزال فلا يزاد عليه . قال (و أن يكون المحلل يجامع مثله) سواء كان مراهقا أو بالغا لوجود الشرط وهو الإيلاج ، ولا يجوز صغير لايقدر على الإيلاج لعدم الوطء المراد من النكاح : قال (فان تزوّجها بشرط التحليل كره وحلت للأوّل) وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لأنه كالمؤقت ولا تحلّ للأوّل لفساده . وقال محمد : هو جائز لشروط الجواز ولا تحلّ للأوّل لأنه عجل ما أخره الشرع فيعاقب بالمنع كقتل المورث . ولأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » ومراده النكاح بشرط التحليل فيكره للحديث وتحلّ للثانى لأنه عليه الصلاة والسلام سماه محللا وهو المثبت للحلّ ، أو نقول وجد الدخول فى نكاح صحيح ، لأن النكاح لايفسد بالشرط فتحلّ للأوّل ، ولوتزوّجها بقصد التحليل ولم يشرطه حلت للأوّل بالإجماع ، والطلقتان فى الأمة كالثلاث فى الحرّة لما مرّ . قا (والزوج الثانى يهدم مادون الثلاث) وصورته إذا طلق امرأته طلقة أو طلقتين وانقضت عدتها وتزوّجت بزوج آخر ودخل بها ثم طلقها وانقضت عدتها ثم تزوّجها الأوّل عادت إليه بثلاث طلقات ، وهدم الزوج الثانى الطلقة والطلقتين كما هدم الثلاث : وقال محمد وزفر : تعود إلى الأوّل بما بقى من الثلاث فى النكاح الأوّل ، لأن الزوج الثانى إنما يثبت الحلّ إذا انتهى ، والحلّ لم ينته لأنها تحلّ له بالعقد قبله فلا يكون مثبتا له . ولنا أنه وطء من زوج ثان فرفع الحكم المتعلق بالطلاق كما فى الثلاث . قال (ولو طلقها ثلاثا فقالت : قد انقصت عدتى وتحللت وانقضت عدتى والمدة تحتمله وغلب على ظنه صدقها جاز له أن يتزوّجها) لأنه إن كان أمرا دينيا فقول الواحد فيه مقبول كرواية الأخبار والإخبار عن القبلة وطهارة الماء ، وإن كان معاملة فقول الواحد مقبول فى المعاملات على ما عرف ، وتمامه يعرف فى باب العدّة إن شاء الله تعالى :

باب الإيلاء

وهو فى اللغة : مطلق اليمين ، قال :

قليل الألايا حافظ ليمينه   وإن بدرت منه الألية برّت

إِذَا قالَ : وَاللهِ لاأَقْرَبُكِ ، أَوْ لاأَقْرَبُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُولٍ ، وكَذَلِكَ لَوْ حَلَفَ بِحَجٍّ أَوْ صَوْمٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ ، فانْ قَرِبَها فى الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ حَنِثَ وَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ وَبَطَلَ الإِيلاءُ ، وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْها وَمَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بانَتْ بِتَطْلِيقَةٍ ؛

وفى الشرع : اليمين على ترك وطء المنكوحة مدّة مخصوصة ، وقيل الحلف على ترك الوطء المكسب للطلاق عند مضىّ أربعة أشهر ، فالاسم الشرعى فيه معنى اللغة . وألفاظه صريح وكناية ، فالصريح لايحتاج إلى نية مثل قوله : لاأقربك ، لاأجامعك ، لاأطؤك ، لاأغتسل منك من جنابة ، لاأفتضك إن كانت بكرا . والكناية : لاأمسك ، لاآتيك ، لاأدخل بك ، لاأغشاك ، لايجمع رأسى ورأسك شىء ، لاأبيت معك على فراش ، لاأضاجعك ، لاأقرب فراشك ونحوه ، ولا بدّ فيه من النية . وقال محمد : إذا قال : والله لايمسّ جلدى جلدك لايكون موليا لأنه يقدر على جماعها بغير مماسة بأن يلفّ على ذكره حريرة ولأنه يحنث بغير الجماع ، والمولى من يقف حنثه على الجماع خاصة . والأصل أن المولى من لايمكنه قربان امرأته إلا بشىء يلزمه لأن حرمة الوطء إنما تنتهى بالحنث والحنث موجب للكفارة أو بشىء يلزمه ، ولا يكون الإيلاء إلا بالحلف على ترك الجماع فى الفرج لأن حقها فى الجماع فى الفرج فيتحقق الظلم . قال (إذا قال : والله لاأقربك ، أو لاأقربك أربعة أشهر فهو مول) والأصل فيه قوله تعالى ـ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ـ الآية ، فتكون مدّة الإيلاء أربعة أشهر من غير زيادة ولا نقصان ، إذ لو كانت المدّة أقلّ من ذلك أو أكثر لم يكن فى التنصيص على الأربعة فائدة . قال (وكذلك لو حلف بحجّ أو صوم أو صدقة أو عتق أو طلاق) مثل أن يقول : إن قربتك فلله علىّ الحجّ ، أو يقول : فلله علىّ صوم كذا ، أو يجعل الجزاء صدقة ، أو عتق عبد ، أو طلاقها أو طلاق غيرها ، لأن اليمين موجودة فى ذلك كله ، لأن اليمين بغير الله تعالى شرط وجزاء ، لأن المقصود منها الحمل أو المنع ، وهذه الأشياء توجب ذلك لما تتضمنه من المشقة ، ولأنه لايمكنه قربانها إلا بشىء يلزمه ، وإذا وجدت اليمين فقد وجدت الإيلاء فدخل تحت التنصّ ولو قال : إن قربتك فعلىّ أن أصلى ركعتين أو أغزو لم يكن موليا . وقال محمد : هو مول لأنه يصحّ إيجابها بالنذر كالصوم والصدقة . ولهما أن الصلاة ليست فى حكم اليمين حتى لايحلف بها عادة فصار كصلاة الجنازة وسجدة التلاوة (فان قربها فى الأربعة الأشهر حنث) لوجود شرطه (وعليه الكفارة) لأن الحنث موجب للكفارة (وبطل الإيلاء) لما بينا أن اليمين تنحلّ بالحنث (وإن لم يقربها ومضت أربعة أشهر بانت بتطليقة) هذا مذهب عامة الصحابة وتفسير قوله تعالى ـ فان عزموا الطلاق ـ أى عزموا الطلاق بالإيلاء

فإنْ كانَتِ اليَمينُ أرْبَعَةَ أشْهُرٍ فَقَدِ انْحَلَّتْ ، وَإنْ كانَتْ مُؤَبَّدَةً فانْ عاد فَتَزَوَّجَها عادَ الإيلاءُ عَلى الوَجْهِ الَّذى بَيَّنّا ، فانْ وَطِئَها فى الأرْبَعَةِ الأشْهُرِ مِنْ وَقْتِ التَّزَوُّجِ حَنِثَ وَإلاَّ وَقَعَتْ أُخْرَى ، فانْ عادَ فَتَزَوَّجَها فَكَذَلِكَ ، فانْ تَزَوَّجَها بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ فَلا إيلاءَ ، فانْ وَطِئَ كَفَّرَ لِلْحِنْثِ ؛ وأقَلُّ مُدَّةِ الإيلاءِ فى الحُرَّةِ أرْبَعَةُ أشْهُرٍ ، وَمُدَّةُ إيلاءِ الأمَةِ شَهْرَانِ ؛ وَإنْ آلى مِنَ المُطَلَّقَةِ الرَّجْعيَّةِ فَهُوَ مُولٍ ، وَمِنَ البائنَةِ لا ،

السابق وهى قراءة ابن مسعود رضى الله عنه ، وعنه وعن ابن عباس رضى الله عنهم : عزم الطلاق انقضاء الأربعة الأشهر من غير فىء . وقراءة ابن مسعود رضى الله عنه - فان فاءوا فيهن - أى فى الأربعة الأشهر ، ولأنه تعالى قال - للذين يؤلون - ثم قال - فان فاءوا ، وإن عزموا الطلاق - وهذه الفاء للتقسيم ، فأحد القسمين يكون فى المدّة وهو الفىء ، والآخر بعدها وهو الطلاق كقوله تعالى - وإذا طلقتم النساء - ثم قال - فأمسكوهنّ بمعروف أو سرّحوهنّ - لما ذكر المدّة وجاء بالفاء كان للتقسيم ، وكان الإمساك وهو الرجعة فى المدّة والتسريح وهو البينونة بعدها فكذلك هنا . قال (فان كانت اليمين أربعة أشهر فقد انحلت) لانقضاء المدّة (وإن كانت مؤبدّة ، فان عاد فتزوّجها عاد الإيلاء على الوجه الذى بينا) لبقاء اليمين ، لأن اليمين لاتنتهى إلا بالحنث أو بمضىّ المدّة المؤقتة ، وإنما لم يقع طلاق آخر قبل التزوّج ، لأن الحرمة مضافة إلى البينونة لاإلى الإيلاء فلم يوجد المنع باليمين فاذا تزوّجها ارتفعت الحرمة الثابتة بالبينونة وبقيت حرمة الإيلاء ، فوجد منع الحقّ فترتب عليه حكمه (فان وطئها فى الأربعة الأشهر من وقت التزوّج حنث وإلا وقعت أخرى) لما بينا (فان عاد فتزوّجها فكذلك) لما مرّ (فان تزوّجها بعد زوج آخر فلا إيلاء) معناه : أنه لايقع الطلاق بمضىّ المدة لانتهاء ما كان يملكه من الطلاق فى النكاح الأوّل وفيه خلاف زفر وقد تقدم ، إلا أن اليمين باقية لعدم الحنث (فان وطئ كفر للحنث) قال (وأقلّ مدّة الإيلاء فى الحرّة أربعة أشهر) فلو آلى أقلّ من أربع أشهر لايكون موليا ، لقول ابن عباس رضى الله عنهما : لاإيلاء فيما دون أربعة أشهر ، ولما مرّ (ومدة إيلاء الأمة شهران) لما عرف أن الرقّ منصف ، وأنها مدة ضربت للبينونة فتتنصف كالعدّة ، والآية تناولت الحرائر دون الإماء ، لأن اسم النساء والزوجات عند الإطلاق ينصرف إلى الحرائر دون الإماء لأن معنى الأزواج فى الإماء ناقص ، لأن للمولى أن يستخدمها ولا يبوّئها بيت الزوج ، والاسم عند الإطلاق ينصرف إلى الكامل ، فان أعتقت فى مدّة الإيلاء تصير أربعة أشهر كما فى العدّة . قال (وإن آلى من المطلقة الرجعية فهو مول ، ومن البائنة لا) لقيام الزوجية

وَإِنْ قالَ : لاأقْرَبُكِ شَهْرَيْنِ بَعْدَ شَهْرَيْنِ فَهُوَ مُولٍ ؛ وَلَوْ قالَ : لاأقْرَبُكِ سَنَةً إلاَّ يَوْما فَلَيْسَ بِمُولٍ (ز) ،

وحلّ الوطء فى الأولى على ما بينا دون الثانية ، فكانت الأولى من نسائهم دون الثانية ؛ ولو حلف لايقرب زوجته وأمته ، أو زوجته وأجنبية لايصير موليا مالم يقرب الأجنبية أو أمته ، فاذا قربها صار موليا ، لأنه لايمكنه قربانها بعد ذلك إلا بالكفارة ؛ ولو قال لهما : لاأقرب إحداكما لايكون موليا كما إذا قال لزوجته وأمته : إحداكما طالق ، فان قرب إحداهما لزمته الكفارة للحنث ؛ ولو قال لهما : لاأقرب واحدة منكما كان موليا من امرأته ، لأن النكرة فى النفى تعمّ ، ولو قرب واحدة منهما حنث ؛ ولو قال : أنت علىّ مثل امرأة فلان ، وقد كان فلان آلى من امرأته ، فان نوى الإيلاء كان موليا وإلا فلا ؛ ولو قال : أنت علىّ كالميتة ونوى اليمين يكون موليا لأنه بمنزلة الكناية ؛ ولو آلى من امرأته ثم قال لأخرى : أشركتك فى إيلاء هذه لايصير موليا ، بخلاف الطلاق والظهار ، لأنه لو اشتركا فى الإيلاء يتغير حكم الإيلاء وهو لزوم الكفارة بقربان الأولى وحدها ، وإذا صحّ الاشتراك لاتجب الكفارة ما لم يقربهما ، ولا يمكن تغيير اليمين بعد انعقادها ، ولا كذلك الطلاق والظهار . وعن الكرخى : لو قال لامرأته : أنت علىّ حرام ، ثم قال لأخرى : أشركتك معها كان موليا منهما ، لأن إثبات الشركة هنا لايغير موجب اليمين وهو إثبات الحرمة ، فانه لو قال : أنتما علىّ حرام كان موليا من كلّ واحدة منهما على حدة ، ويلزمه بوطء كلّ واحدة كفارة ، بخلاف قوله : والله لاأقربكما لأنه إيلاء لما يلزمه من هتك حرمة الاسم وذلك لايتحقق إلا بقربانهما ؛ وإذا آلى العبد من امرأته فملكته لايبقى الإيلاء ، فلو باعته أو أعتقته ثم تزوّجها عاد الإيلاء كما إذا حلف بعتق عبده إن وطئها فباعه ثم استردّه عاد الإيلاء ؛ ولو قال : إن قربتك فكلّ مملوك أملكه فى المستقبل حرّ فهو مول . وقال أبو يوسف : لايكون موليا لأنه يمكنه قربانها من غير شىء يلزمه بأن يقربها ولا يتملك مملوكا أصلا . ولهما أنه لايقدر على الامتناع عن جميع أسباب التمليكات كالإرث ، إذ فى الامتناع عن الجميع مشقة ومضرّة ، وعلى هذا لو قال : فكل امرأة أتزوّجها فهى طالق ، وعلى هذا إذا علق وطأها بعتق عبد بعينه ، لأبى يوسف أنه يقدر على وطئها بغير شىء يلزمه بأن يبيعه ثم يطأها . ولهما أنه لايوصل إلى ذلك إلا بالحنث غالبا أو بالبيع وأنه مشقة أيضا (وإن قال : لاأقربك شهرين بعد شهرين فهو مول) لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ؛ ولو سكت ساعة ثم قال : وشهرين بعد الشهرين الأوّلين لايكون موليا ، لأن ابتداء اليمين الثانية حين حلف فقد تخلل بين الأربعة الأشهر وقت ليس موليا فيه فلم توجد مدة الإيلاء . قال (ولو قال : لاأقربك سنة إلا يوما فليس بمول)

وَإذَا كانَ أَحَدُ الزوْجَيْنِ مَرِيضًا لايَقْدِرُ عَلَى الجِماعِ ، أَوْ هُوَ مَجْبُوبٌ ، أَوْ هِيَ رَتْقاءُ أَوْ صَغِيرَةٌ ، أَوْ بَيْنَهُما مَسِيرَةُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ مَحْبُوسا لايَقْدِرُ عليها ، فَقالَ فى مُدَّةِ الإيلاءِ : فِئْتُ إِلَيْها سَقَطَ الإيلاءُ إن اسْتَمَرَّ العُذْرُ مِنْ وَقْتِ الحَلِفِ إلى آخرِ المدَّةِ ، فاذَا قَدَرَ عَلَى الجِماعِ بَعْدَ ذلكَ فى المُدَّةِ لَزِمَهُ الفَيْءُ بالجِماعِ ؛

خلافا لزفر ، وهو يصرف اليوم إلى آخر السنة كالإجارة فصار كما إذا تلفظ به : ولنا أنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه وذلك فى اليوم المستثنى وهو يوم منكر له أن يجعله أىّ يوم شاء ، فان قربها وقد بقى من السنة أربعة أشهر صار موليا لسقوط الاستثناء بخلاف الإجارة لأنه يصرف إلى آخر السنة تصحيحا لها لأنها لاتصحّ مع التنكير .

فصـــل

(وإذا كان أحد الزوجين مريضا لايقدر على الجماع ، أو هو مجبوب ، أو هى رتقاء ، أو صغيرة ، أو بينهما مسيرة أربعة أشهر ، أو محبوسا لايقدر عليها ، فقال فى مدّة الإيلاء : فئت إليها سقط الإيلاء إن استمرّ العذر من وقت الحلف إلى آخر المدّة) روى ذلك عن ابن مسعود رضى الله عنه .

اعلم أن الفىء عبارة عن الرجوع ، يقال : فاءَ الظلّ : إذا رجع ، ولما قصد المولى باليمين منع حقها من الوطء سمى الرجوع عنه فيئا ، قال تعالى ـ فان فاءوا ـ أى رجعوا عن قصدهم ، والفىء نوعان بالجماع والقول عند عدمه ؛ فالفىء بالجماع يُبطل الإيلاء فى حقّ الطلاق والحنث جميعا ، والفىء باللسان بدل عن الفىء بالجماع فى إبطال الطلاق دون الحنث حتى لو قربها بعد ذلك لزمته الكفارة ؛ والبدل إنما يعتبر حالة العجز عن الأصل فيعتبر العجز عن الجماع مستداما من وقت الإيلاج إلى تمام المدّة ، حتى لوقدر على الجماع فى بعض المدّة ففيؤه الجماع لاغير ، لأنه لما قدر عليه ولم يفعله فالتقصير جاء من قبله فلا يعتبر عاجزا ، روى ذلك عن علىّ وابن عباس وابن مسعود وجماعة من التابعين رضى الله عنهم . وصفة الفىء أن يقول: فئت إليك أو رجعت إليك . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يقول : اشهدوا أنى قد فئت إلى امرأتى وأبطلت إيلاءها ، وهذه الشهادة احتياطا احترازا عن التجاحد لاشرطا . وهذا لأنه أوحشها بالكلام بذكر المنع فيرضيها بالرجوع عنه حقيقة بالوطء . فاذا لم يقدر عليه يرضيها بغاية ما يقدر عليه وهو الوعد باللسان فيرتفع الظلم (فاذا قدر على الجماع بعد ذلك فى المدّة لزمه الفىء بالجماع) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالحلف . ولو آلى من امرأته وبينهما أقلّ من أربعة أشهر إلا أنه يمنعه

وَإنْ قالَ لامْرأتِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ ، فانْ أرَادَ الكَذِبَ صُدِّقَ ، وَإنْ أرَادَ الطَّلاقَ فَوَاحِدَةٌ بائِنَةٌ ، وَإنْ نَوَى الثَّلاثَ فَثَلاثٌ ، وَإنْ أرَادَ الظِّهارَ فَظِهارٌ(م) وَإنْ أرَادَ التَّحْرِيمَ أَوْ لَمْ يُرِدْ شَيْئًا فَهُوَ إيلاءٌ .

باب الخلع

وَهُوَ أنْ تَفْتَدِيَ المَرْأةُ نَفْسَها بِمَالٍ لِيَخْلَعَها بِهِ ، فاذا فَعَلا لَزِمَها المَالُ وَوَقَعَتْ تَطْلِيقَةٌ بائِنَةٌ ،

السلطان أو العدوّ أو كان أحدهما محرما واستمرّ الإحرام أربعة أشهر لايصحّ فيؤه إلا بالجماع لأنه قادر عليه . وقال زفر : فى الإحرام فيؤه القول ، لأن المنع من جهة الشرع وهو الحزمة فكان عذرا . قلنا الحرمة حقّ الشرع ، والوطء حقها ، وحقّ العبد مقدّم على حقّ الشرع بأمره . قال (وإن قال لامرأته : أنت علىّ حرام فان أراد الكذب صدق) لأنه حقيقة كلامه ، وقيل لايصدق لأنه يمين ظاهرا (وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة) لأنه من الكنايات (وإن نوى الثلاث فثلاث) وقد مرّ (وإن أراد الظهار فظهار) لأن فى الظهار نوع حرمة وقد نواه بالمطلق فيصدق لأنه من باب المجاز . وقال محمد : لايكون ظهارا لعدم التشبيه بالمحرّمة (وإن أراد التحريم أو لم يرد شيئا فهو إيلاء) لأن تحريم الحلال يمين هذا هو الأصل وموضعه كتاب الأيمان ، والمتأخرون من أصحابنا صرفوا لفظة التحريم إلى الطلاق حتى قالوا يقع بغير نية ، وألحقوه بالصريح لكثرة الاستعمال فيه والعرف .

باب الخلع

وهو فى اللغة : القلع والإزالة ، قال تعالى ـ فاخلع نعليك ـ ومنه خلع القميص إذا أزاله عنه ، وخلع الخلافة : إذا تركها وأزال عنه كلفها وأحكامها . وفى الشرع : إزالة الزوجية بما تعطيه من المال ، وهو فى إزالة الزوجية بضمّ الخاء ، وإزالة غيرها بفتحها ، كما اختصّ إزالة قيد النكاح بالطلاق وفى غيره بالإطلاق . قال (وهو أن تفتدى المرأة نفسها بمال ليخلعها به ، فاذا فعلا لزمها المال ووقعت تطليقة بائنة) والأصل فى جوازه قوله تعالى ـ فان خفتم أن لايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ وإنما تقع تطليقة بائنة لقوله عليه الصلاة والسلام « الخلع تطليقة بائنة » ولأنه كناية فيقع به بائنا لما مرّ ولا يحتاج إلى نية ، إما لدلالة الحال ، أو لأنها ما رضيت ببذل المال إلا لتملك نفسها وتخرج من نكاحه ، وذلك بالبينونة وهو مذهب عمر وعثمان وعلىّ وابن مسعود رضى الله عنهم والخلع من جانبه تعليق الطلاق بقبولها فلا يصحّ رجوعه عنها ، ولا يبطل بقيامه من المجلس

وَيُكْرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا شَيْئًا إِنْ كَانَ هُوَ النَّاشِزَ ، وَإِنْ كَانَتْ هِيَ النَّاشِزَةَ كُرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا حَلَّ لَهُ ؛ وَكَذَلِكَ انْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ بائِنًا وَيَلْزَمُهَا الْمَالُ بِالْتِزَامِهَا ، وَمَا صَلَحَ مَهْرًا صَلَحَ بَدَلاً فِى الْخُلْعِ ، فَاذَا بَطَلَ الْبَدَلُ فِى الْخُلْعِ كَانَ بائِنًا وَفِى الطَّلَاقِ يَكُونُ رَجْعِيًّا ؛

ويصحّ مع غيبتها ، فاذا بلغها كان لها خيار القبول فى مجلس علمها ، ويجوز تعليقه بالشرط والإضافة إلى الوقت كقوله : إذا قدم فلان أو إذا جاء فلان فقد خالعتك على ألف يصحّ ، والقبول إليها إذا قدم فلان أو جاء غد ، والخلع من جانبها تمليك بعوض كالبيع فيصحّ رجوعها قبل قبوله ويبطل بقيامها من المجلس ، ولا يتوقف حال غيبته ، ولا يجوز التعليق منها بشرط ولا الإضافة إلى وقت ؛ ولو خالعها بألف على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالخيار باطل ، وإن قال على أنها بالخيار فكذلك عندهما لأن الخلع طلاق ويمين ولا خيار فيهما . وعند أبى حنيفة الخيار لها صحيح ، فان ردّته فى الثلاث بطل الخلع ، لأن الخلع طلاق من جانبه تمليك من جانبها فيجوز الخيار لها دونه . قال (ويكره أن يأخذ منها شيئا إن كان هو الناشز) قال تعالى ـ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهنّ قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ـ فحملناه على الكراهية عملا بالنصّ الأوّل ، وقيل هى نهى توبيخ لاتحريم (وإن كانت هى الناشزة كره له أن يأخذ أكثر مما أعطاها) لما روى « أن جميلة بنت عبد الله بن أبىّ ابن سلول ، وقيل حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله لاأنا ولا هو ، فأرسل رسول الله إلى ثابت ، فقال : قد أعطيتها حديقة ، فقال لها : أتردّين عليه حديقته وتملكين أمرك ؟ فقالت نعم وزيادة ، قال : أما الزيادة فلا ، فقال عليه الصلاة والسلام : يا ثابت خذ منها ما أعطيتها ولا تزدد وخلّ سبيلها ، ففعل وأخذ الحديقة ، فنزل قوله تعالى ـ ولا يحلّ لكم أن تأخذوا مما آتيتموهنّ شيئا ـ إلى قوله ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ » (وإن أخذ منها أكثر مما أعطاها حلّ له) بمطلق الآية . قال (وكذلك إن طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق بائنا) لما قلنا (ويلزمها المال بالتزامها) ولأنه ما رضى بالطلاق إلا ليسلم له المال المسمى ، وقد ورد الشرع به فيلزمها . قال (وما صلح مهرا صلح بدلا فى الخلع) لأن البضع حال الدخول متقوّم دون حال الخروج ، فاذا صلح بدلا للمتقوّم فلأن يصلح لغير المتقوّم أولى . قال (فاذا بطل البدل فى الخلع كان بائنا ، وفى الطلاق يكون رجعيا) وذلك مثل أن يخالعها على خمر أو خنزير أو ميتة ونحوه ؛ أما وقوع الطلاق فلأنه علقه بقبولها وقد وجد ؛ وأما البينونة فى الخلع فلأنه كناية ، والرجعىّ فى الطلاق

وَإِنْ قالَتْ : خالِعْنِى عَلَى ما فِي يَدِي وَلَيْسَ فِي يَدِها شَيْءٌ فَلا شَيْءَ عَلَيْها ؛ وَلَوْ قالَتْ : عَلَى ما فِي يَدِي مِنْ مالٍ ، أَوْ عَلَى ما فِي بَيْتِي مِنْ مَتاعٍ وَلا شَيْءَ فِي يَدِها وَلا مَتاعَ فِي بَيْتِها رَدَّتْ عَلَيْهِ مَهْرَها ؛ وَلَوْ خَلَعَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ عَلَى مالِهَا لايَلْزَمُها شَيْءٌ ، وفِي الكَبِيرَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِهَا ، وَلَوْ ضَمِنَ المَالَ لَزِمَهُ فِي المَسْأَلَتَيْنِ ؛

لأنه صريح ولا يجب للزوج عليها شيء ، لأن البضع لاقيمة له عند الخروج وهي ما سمت له مالا فيغترّ به ، ولأنه لاسبيل إلى المسمى للإسلام ولا إلى غيره لعدم الالتزام ، بخلاف النكاح ، لأن البضع متقوّم حالة الدخول ، ومهر المثل كالمسمى شرعا ، وبخلاف ما إذا خالعها على هذا الدنّ من الخلّ فاذا هو خمر لأنها سمت له مالا فاغترّ به ، وبخلاف العتق والكتابة على خمر حيث تجب قيمة العبد لأنه ملك متقوّم وما رضى بخروجه بغير عوض ، ولا كذلك البضع حالة الخروج على ما بينا ؛ ولو خلعها على عبد فاذا هو حرّ رجع بالمهر . وعند أبي يوسف بقيمته لو كان عبدا ؛ ولو خلعها على ثوب ولم يسمّ جنسه ، أو على دابة فله المهر ، وفي العبد الوسط كما في المهر ، وكذا على ثوب هروى فطلع مرويا يرجع بهروى وسط ، ولو خلعها على دراهم معينة فاذا هي ستوقة رجع بالجياد ، ولا يردّ بدل الخلع إلا بعيب فاحش كما في المهر ؛ ولو خلعها بغير مال وقال لم أنو الطلاق صدق لأنه كناية ، ولا يصدّق إذا كان على مال ، لأن البدل لايجب إلا بالبينونة (وإن قالت : خالعني على ما في يدي وليس في يدها شيء فلا شيء عليها) وكذا لو قالت : على ما في بيتي ولا شيء في بيتها لأنها لم تسمّ المال لم تغرّه (ولو قالت : على ما في يدي من مال ، أو على ما في بيتي من متاع ولا شيء في يدها ولا متاع في بيتها ردّت عليه مهرها) والأصل في ذلك أنه متى أطمعته في مال متقوّم فلم يسلم له لفقده وعدمه رجع عليها بالمهر لأنها غرّته حيث أطمعته في مال ، والمغرور يرجع على الغارّ بالمبدل ، فاذا فات المشروط المطمع فيه زال ملكه مجانا فيلزمها أداء المبدل وهو ملك البضع ، وقد عجزت عن ردّه فيلزمه ردّ قيمته وهو المهر ؛ ولو خالعها بما لها عليه من المهر ولم يبق لها عليه شيء من المهر لزمها ردّ المهر ، وإن علم الزوج أن لامهر لها عليه ولا متاع لها في البيت لايلزمها شيء ؛ ولو قالت : على ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ولا شيء في يدها لزمها ثلاثة دراهم لأنها سمت الدراهم وأقلّ الجمع ثلاثة . قال (ولو خلع ابنته الصغيرة على مالها لا يلزمها شيء) لأنه لانظر لها فيه ، إذ البدل متقوّم والمبدل لاقيمة له على ما بينا (وفي الكبيرة يتوقف على قبولها) لأنه لاولاية له عليها فصار كالفضولي (ولو ضمن المال لزمه في المسألتين) لأن شرط بدل الخلع على الأجنبي جائز فعلى الأب أولى ؛ ولو اختلعت الصغيرة نفسها على صداقها وقع

وَلَوْ قالَتْ : طَلِّقْنِي ثَلاثا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَها واحِدَةً فَعَلَيْها ثُلُثُ الأَلْفِ ، وَلَوْ قالَتْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَها واحِدَةً فَلا شَيْءَ عَلَيْها (سم) وَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلاثا بِأَلْفٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَتْ واحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : أَنْتِ طالِقٌ وَعَلَيْكِ أَلْفٌ فَقَبِلَتْ طَلُقَتْ وَلا شَيْءَ عَلَيْها (سم) ،

الطلاق لأنه علقه بقبولها ، ولا يسقط الصداق لأنها ليست من أهل الالتزام لما فيه من الضر ولو خلعها أبوها على صداقها لايسقط ، ثم إن قبلت الصغيرة الخلع وقع الطلاق ، وإن قبل الأب فيه روايتان : فى رواية لايقع لأنه كالأجنبى إذا لم يضف البدل إلى نفسه ، ويحتمل أن الخلع مضرّة بها فلا يقوم قبوله مقام قبولها . وفى رواية يقع لأنه نفع محض بالخلاص عن عهدته فصار كقبول الهبة ، ولو ضمن الأب الصداق رجع الزوج عليه وإلا فلا ، وكذلك الأجنبى لأنه متى ضمن البدل فالخلع يتمّ بقبوله لابقبولها لأنه يجب البدل عليه بالتزامه من ملكه ولا يجب عليه إلا إذا وقع العقد معه . قال (ولو قالت : طلقنى ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف ، ولو قالت : على ألف فطلقها واحدة فلا شىء عليها وهى رجعية) وقالا : هما سواء لأن على كالباء فى المعاوضات ، لأن قوله احمل هذا بدرهم وعلى درهم سواء . ولأبى حنيفة أن حرف الباء للمعاوضة وهى تصحب الأعواض فينقسم العوض على المعوّض ، وإذا وجب المال كانت بائنة ، أما على فانها للشرط قال تعالى ـ يبايعنك على أن لايشركن بالله شيئا ـ أى بهذا الشرط ، وكذا لو قال : أنت طالق على أن تدخلى الدار كان شرطا ، والمشروط لاينقسم على أجزاء الشرط ، لأن وجوب الألف صار معلقا بالتطليق ثلاثا فلا يلزم قبله ، لأن المعلق عدم قبل وجود الشرط ، وإذا لم يجب المال فقد طلقها بصريح الطلاق فكانت رجعية (ولو قال لها : طلّقى نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت واحدة لم يقع شىء) لأنه ما رضى بالبينونة إلا ليسلم له جميع الألف بخلاف المسألة الأولى لأنها لما رضيت بالبينونة بالألف فلأن ترضى ببعضها كان أولى (ولو قال لها : أنت طالق وعليك ألف فقبلت طلقت ولا شىء عليها) وكذلك إن لم تقبل ، وقالا : إن قبلت فعليها الألف ، وإلا لاشىء عليها ، لأن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة ، يقال : احمل هذا ولك درهم كقوله بدرهم ، وله أن قوله وعليك ألف لاارتباط له بما قبله ، إذ الأصل ذلك ولا دلالة على الارتباط ، لأن الطلاق يوجد بدون المال ، بخلاف البيع والإجارة فانهما لاينفكان عن وجوب المال ؛ ولو قال لعبده : أنت حرّ وعليك ألف فعلى الخلاف ؛ ولو قالت له : اخلعنى على ألف فقال مجيبا لها : أنت طالق كان كقوله خلعتك ؛ ولو قال : بعت منك طلاقك بمهرك ، فقالت : طلقت نفسى بانت منه بمهرها بمنزلة قولها اشتريت ؛ ولو قال : بعت منك تطليقة ، فقالت

وَالمُبارأةُ كالخُلْعِ يُسْقِطانِ كُلَّ (سم) حَقّ لِكُلّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الآخَرِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بالنِّكاحِ حَتَّى لَوْ كانَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَدْ قَبَضَتِ المَهْرَ لايَرْجِعُ عَلَيْها بِشَيْءٍ وَيُعْتَبَرُ خُلْعُ المَرِيضَةِ مِنَ الثُّلُثِ .

اشتريت تقع واحدة رجعية مجانا لأنه صريح . قال (والمبارأة كالخلع يسقطان كلّ حقّ لكلّ واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح حتى لو كان قبل الدخول وقد قبضت المهر لايرجع عليها بشيء) ولو لم تقبض شيئا لاترجع عليه بشيء ؛ ولو خالعها على مال آخر لزمها وسقط الصداق . وقال محمد : لايسقط فيهما إلا ما سمياه وأبو يوسف معه فى الخلع ومع شيخه فى المبارأة . لمحمد أنه تعذّر العمل بحقيقة اللفظين على ما يأتى فجعلا كناية عن الطلاق على مال فلا يجب إلا ما سمياه . ولأبى يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة وقضيتها البراءة من الجانبين مطلقا ، إلا أنا اقتصرنا على ما وقعت المبارأة لأجله وهو حقوق النكاح . أما الخلع فيقتضى الانخلاع ، وقد حصل الانخلاع من النكاح فلا حاجة إلى حقوقه . ولأبى حنيفة أن الخلع عبارة عن الانخلاع والانتزاع على مامر فى أوّل الباب ، والمبارأة كما قال أبو يوسف تقتضى الانخلاع والبراءة من الجانبين ، ونفس النكاح لايحتمل الانخلاع والبراءة ، وحقوقه تقبل ذلك فتقع البراءة عنها ليحصل ما هو المقصود من الخلع وهو انقطاع المشاجرة بين الزوجين ، أو نقول يعمل باطلاقهما فى النكاح وأحكامه وحقوقه بدلالة العوض ، ولو وقع الخلع بلفظ البيع والشراء فالأصحّ أنه يوجب البراءة عند أبى حنيفة ولو اختلعا ولم يذكرا المهر ولا بدلا آخر فالصحيح أنه يسقط ما بقى من المهر وما قبضته فهو لها ، وإن ذكرا نفقة العدّة سقطت وإلا فلا لأنها لم تجب بعد ، ولا تقع البراءة عن نفقة الولد وهى مئونة الرضاع إلا بالشرط لأنها لم تجب لها ، فان شرط البراءة منها فى الخلع ووقتا بأن قال إلى سنة أو سنتين سقطت ، فان مات الولد قبل تمام المدّة رجع عليها بما بقى من أجر مثل الرضاع إلى تمام المدّة ، والحيلة لعدم الرجوع أن يقول : خالعتك على كذا ، أو على نفقة الولد إلى سنتين ، فان مات فى بعض المدّة فلا رجوع لى عليك . قال (ويعتبر خلع المريضة من الثلث) لأنه لاقيمة للبضع عند الخروج ، وليس من الحوائج الأصلية فكان كالوصية ، وهذا إذا ماتت بعد العدّة أو قبل الدخول ؛ فأما إذا ماتت وهى فى العدة فللزوج الأقلّ من الميراث ، ومن المهر إن كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله الأقلّ من ميراثها ومن الثلث .

فصــــل

إذا اختلعت المكاتبة لزمها المال بعد العتق لأنه تبرّع ، وسواء كان باذن المولى أو بغير

باب الظهار

وَهُوَ أَنْ يُشَبِّهَ امْرأتَهُ أَوْ عُضْوًا يُعَبَّرُ بِهِ عَنْ بَدَنِهَا أَوْ جُزْءًا شائعا مِنْها بِعُضْوٍ لايَحِلُّ النَّظَرُ إِلَيْهِ مِنْ أَعْضَاءِ مَنْ لايَحِلُّ لَهُ نِكاحُها عَلى التأبِيدِ ؛ وَحُكْمُهُ : حُرْمَةُ الجِماعِ وَدَوَاعِيهِ حَتَّى يُكَفِّرَ ،

إذنه لأنها محجورة عن التبرّعات ؛ ولو اختلعت الأمة وأم الولد بإذن المولى لزمهما للحال وإذا خلع الأمة مولاها من زوجها الحرّ على رقبتها صحّ الخلع بغير شيء ؛ ولو كان الزوج مكاتبا أو عبدا أو مدبرا جاز الخلع وصارت أمة للسيد ، والفرق أنها تصير مملوكة للمولى فلا ينفسخ النكاح ، وفى الحرّ لو صارت مملوكة له بطل النكاح فيبطل الخلع .

أمتان تحت حرّ خلعهما المولى على رقبة إحداهما بعينها بطل الخلع فيها وصحّ فى الأخرى ويقسم الثمن على مهرهما ، فما أصاب مهر التى صحّ خلعها فهو للزوج من رقبة الأخرى ، ولو خلع كل واحدة منهما على رقبة الأخرى وقع الطلاقان باثنين بغير شيء ، لأنه قارن وقوع الطلاق على كلّ واحدة وقوع الملك فى رقبتها فتعذّر إيجاب العوض ، ولو طلق كلّ واحدة على رقبة صاحبتها يقع رجعيا .

باب الظهار

وهو فى اللغة مشتقّ من لفظ الظهر ، يقال : ظاهر يظاهر ظهارا ، وأصله قول الرجل لامرأته : أنت علىّ كظهر أمى ، ثم انتقل إلى غيره من الأعضاء ، وإلى غيرها من المحرّمات .(وهو أن يشبه امرأته أو عضوا يعبر به عن بدنها) كالرأس والوجه (أو جزءا شائعا منها) كالثلث والربع (بعضو لايحلّ النظر إليه) كالظهر والفخذ والبطن والفرج ، لأن الكلّ فى معنى الظهر فى الحرمة (من أعضاء من لايحلّ له نكاحها على التأبيد) كأمه وبنته وجدته وعمته وخالته وأخته وغيرهن من المحرّمات على التأبيد ، لأن الكلّ كالأم فى تأبيد الحرمة (وحكمه : حرمة الجماع ودواعيه حتى يكفر) تحرّزا عن الوقوع فيه كما فى الإحرام ، بخلاف الحيض فانه يكثر وقوعه فيحرج ولا كذلك الظهار ، وكان فى الجاهلية طلاقا فجعله الشرع موجبا حرمة متناهية بالكفارة . والأصل فيه حديث خولة بنت ثعلبة ، وقيل بنت خويلد كانت تحت أوس بن الصامت وكانا من الأنصار فأرادها فأبت عليه ، فقال : أنت علىّ كظهر أمى فكان أوّل ظهار فى الإسلام ، ثم ندم وكان الظهار طلاقا فى الجاهلية ، فقال : ما أظنك إلا قد حرمت علىّ ، فقالت : والله ما ذاك بطلاق ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أوسا تزوّجنى وأنا شابة غنية ذات مال وأهل ، حتى

إنْ جامَعَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ اسْتَغْفَرَ اللهَ تَعالى ، وَالعَوْدُ الَّذِى تَجِبُ بِهِ الكَفَّارَةُ أنْ يَعْزِمَ عَلَى وَطْئِها ، وَيَنْبَغِى لَهَا أنْ تَمْنَعَ نَفْسَها مِنْهُ وَتُطالِبَهُ بالكَفَّارَةِ وَيُجْبِرُهُ القاضِى عَلَيْها ؛ وَلَوْ قالَ : أنْتِ عَلَىَّ مِثْلُ أُمِّى أوْ كأُمِّى ،

إذا أكل مالى وأفنى شبابى وتفرّق أهلى وكبرت سنى ظاهر منى وقد ندم ، فهل من شىء يجمعنى وإياه تنعشنى به ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : حرمت عليه ، فجعلت تراجع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإذا قال لها : حرمت عليه هتفت وقالت : أشكو إلى الله فاقتى وشدّة حالى ، وأن لى صبية صغارا إن ضممتهم إليه ضاعوا ، وإن ضممتهم إلىّ جاعوا ، وجعلت تقول : اللهمّ إنى أشكو إليك ، اللهمّ فأنزل على لسان نبيك ، فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم الوحى كما كان يتغشاه ، فلما سرّى عنه قال : يا خولة قد أنزل الله فيك وفى أوس قرآنا وتلا ـ قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها ـ الآيات ، والظهار جائز ممن يجوز طلاقه من المسلمين لأن كل واحد منهما يوجب حرمة الزوجة ، ولا يكون من المطلقة بائنا لأنها حرام عليه . قال (فإن جامع قبل التكفير استغفر الله تعالى) لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلا ظاهر من امرأته فرأى خلخالها فى القمر فوقع عليها ، ثم جاء إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك ، فقال له استغفر الله تعالى ولا تعد حتى تكفر ، ولأنه فعل فعلا محرّما والأفعال المحرّمة توجب الاستغفار ولا شىء عليه غيره ، لأنه لو كان لبينه عليه الصلاة والسلام ، ولا يحلّ قربانها بعد زوج آخر ولا بملك اليمين حتى يكفر لقوله تعالى ـ فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ـ قال (والعود الذى تجب به الكفارة أن يعزم على وطئها) لقوله عليه الصلاة والسلام « ولا تعد حتى تكفر » نهى عن الوطء إلى غاية التكفير فتنتهى حرمة الوطء بالتكفير (وينبغى لها أن تمنع نفسها منه لأنه حرام وتطالبه بالكفارة ويجبره القاضى عليها) إيفاء لحقها ، وكلّ ما لا يصدقه القاضى فيه لا يسع المرأة أن تصدّقه فيه ، فلو قال أردت الإخبار عما مضى بكذب لم يصدق قضاء وصدق ديانة ؛ ولو قال : أنا منك مظاهر ، أو ظاهرت منك يصير مظاهرا لأنه صريح فيه ؛ ولو شبهها بامرأة زنى بها أبوه أو ابنه أو بابنة مزنيته فهو مظاهر عند أبى يوسف خلافا لمحمد بناء على أن القاضى إذا قضى بجواز نكاحها ينفذ عند محمد خلافا لأبى يوسف . وسئل محمد عن المرأة تقول لزوجها : أنت علىّ كظهر أمى ؟ قال : ليس بشىء ، لأن المرأة لا تملك التحريم كالطلاق . وسئل أبو يوسف فقال : عليها الكفارة ، لأن الظهار تحريم يرتفع بالكفارة وهى من أهل الكفارة فصحّ أن توجبها على نفسها . وسئل الحسن بن زياد فقال : هما شيخا الفقه أخطئا ، عليها كفارة يمين ، لأن الظهار يقتضى التحريم فكأنها قالت لزوجها : أنت علىّ حرام ، فيجب عليها كفارة يمين إذا وطئها (ولو قال : أنت علىّ مثل أمى أو كأمى)

فَإِنْ أَرَادَ الكَرَامَةَ صُدِّقَ ، وَإِنْ أَرَادَ الظِّهارَ فَظِهارٌ ؛ وَإِنْ أَرَادَ الطَّلاقَ فَوَاحِدَةٌ بائِنَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ وَلَوْ قالَ لِنِسائِهِ : أَنْتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ ، وَإِنْ ظاهَرَ مِنْها مِرارًا في مَجْلِسٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي مَجالِسَ فَعَلَيْهِ لِكُلِّ ظِهارٍ كَفَّارَةٌ .

وَالكَفَّارَةُ عِتْقُ رَقَبَةٍ يُجْزِئُ فيها مُطْلَقُ الرَّقَبَةِ السَّلِيمَةِ ، وَلا يُجْزِئُ المُدَبَّرُ وَأُمُّ الوَلَدِ

فهو كناية يرجع إلى نيته (فإن أراد الكرامة صدق) لأن ذلك من محتملات كلامه وهو مشهور بين الناس (وإن أراد الظهار فظهار) لأنه شبهها بجميعها ، وفى ذلك تشبيه بالعضو المحرّم فيصحّ عند نيته (وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة) ويصير تشبيها لها فى الحرمة كأنه قال : أنت علىّ حرام (وإن لم يكن له نية فليس بشيء) لأنه كناية يحتمل وجوها فلا يتعين أحدها إلا بمرجح . وقال محمد : هو ظهار لأنه تشبيه حقيقة والتشبيه بالعضو ظهار ، فالتشبيه بالكلّ أولى . وعن أبي يوسف إن كان فى حالة الغضب فهو ظهار ، وإن عنى به التحريم فهو إيلاء إثباتا لأدنى الحرمتين . وعند محمد ظهار ، وقيل ظهار بالإجماع . وإن نوى الكذب قال محمد فى نوادر هشام : يدين إلا أن يكون فى حالة الغضب فهو يمين ؛ وإن قال : أنت علىّ حرام كأمى ونوى ظهارا فظهار للتشبيه ، وإن نوى طلاقا فطلاق للتحريم ، وإن نوى التحريم فظهار ، وإن لم يكن له نية فإيلاء . وعند محمد ظهار وقد مرّ وجهها (ولو قال لنسائه : أنتنّ علىّ كظهر أمى فعليه لكل واحدة كفارة) لأنه يصير مظاهرا من كل واحدة منهنّ بإضافة الظهار إليهنّ ، كما إذا قال : أنتنّ طوالق تطلق كلّ واحدة منهنّ ، وإذا كان مظاهرا من كل واحدة منهنّ تثبت الحرمة فى كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعدد الحرمة (وإن ظاهر منها مرارا فى مجلس واحد أو فى مجالس فعليه لكل ظهار كفارة) كما فى تكرار اليمين . وروى الحسن عن أبي حنيفة : إذا قال لامرأته : أنت علىّ كظهر أمى مائة مرّة وجبت عليه مائة كفارة وهو حالف مائة مرّة .

فصل

(والكفارة عتق رقبة) قبل المسيس للنصّ (يجزئ فيها مطلق الرقبة السليمة) فينطلق على المسلم والكافر والذكر والأنثى والصغير والكبير عملا بالإطلاق ، وهو قوله تعالى - فتحرير رقبة - والرقبة عبارة عن الذات المرقوقة المملوكة من كل وجه ، وعند الإطلاق ينصرف إلى السليمة ، فمن قيدها بوصف زائد فقد زاد على النصّ فيردّ عليه . قال (ولا يجزئ المدبر وأمّ الولد) لأن الرقّ فيهم ناقص لاستحقاقهم العتق بجهة أخرى ،

وَالْمُكَاتَبُ الَّذِي أَدَّى بَعْضَ كِتَابَتِهِ ، وَلَا مَقْطُوعُ الْيَدَيْنِ أَوْ إِبْهَامَيْهِمَا أَوِ الرِّجْلَيْنِ ، وَلَا الْأَعْمَى وَلَا الْأَصَمُّ وَلَا الْأَخْرَسُ وَلَا الْمَجْنُونُ الْمُطْبَقُ وَلَا مُعْتَقُ الْبَعْضِ ؛ وَإِنِ اشْتَرَى أَبَاهُ أَوِ ابْنَهُ يَنْوِي الْكَفَّارَةَ أَجْزَأَهُ ؛ وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ ثُمَّ جَامَعَهَا ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ لَمْ يُجْزِهِ (سم) ، وَإِنْ لَمْ يُجَامِعْ بَيْنَ الْإِعْتَاقَيْنِ أَجْزَأَهُ ؛

(و) لا (المكاتب الذى أدّى بعض كتابته) لأنه يشبه العتق ببدل ، ويجوز المكاتب الذى لم يؤدّ شيئا ، لأن الرقّ قائم به ، قال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وما ذكرناه من المعنى فيمن أدّى البعض منتف ، على أنه روى عن أبى حنيفة أنه يجوز من أدّى البعض أيضا لأنه عبد بالحديث حتى لو فسخت الكتابة عاد رقيقا ، بخلاف أمّ الولد والمدبر فإن ذلك لاينفسخ أصلا . قال (ولا مقطوع اليدين أو إبهاميهما أو الرجلين ، ولا الأعمى ولا الأصمّ ولا الأخرس ولا المجنون المطبق) لأن جنس المنفعة تفوت فى هؤلاء ، وهو البطش والسعى والسمع والبصر والانتفاع بالجوارح بالعقل والمجنون فائت المنفعة ، وبطش اليدين بالإبهامين فبفوتهما تفوت جنس المنفعة وأنه مانع ؛ لأن قيام الرقبة بقيام المنفعة وإذا فات جنس المنفعة صارت الرقبة هالكة من وجه فكانت ناقصة فلا يتناولها الاسم ، أما إذا اختلت المنفعة فليس بمانع ، لأن العيب القليل ليس بمانع لتعذر الاحتراز عنه ، وذلك كالأعور ومقطوع إحدى اليدين أو إحدى الرجلين من خلاف ، ولا يجوز إذا قطعا من جانب واحد لفوات جنس منفعة الشيء ، ولا يجوز المعتوه والمفلوج اليابس الشقّ لما بينا ، وثلاثة أصابع من اليد لها حكم الكلّ ، ويجوز عتق الخصىّ والمجبوب لأن ذلك يزيد القيمة لاينقصها ، ويجوز مقطوع الأذنين لأنه لاضرر فيه ، ويجوز مقطوع الشفتين إن كان يقدر على الأكل وإلا فلا (ولا) يجوز (معتق البعض) لأنه ليس برقبة كاملة . قال (وإن اشترى أباه أو ابنه ينوى الكفارة أجزأه) لأن شراء القريب إعتاق ، قال عليه الصلاة والسلام « لن يجزئ ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » أخبر عليه الصلاة والسلام أن الابن قادر على إعتاق الأب فيكون قادرا تصديقا له فيما أخبر ، ولا يقدر على إعتاقه قبل الشراء لعدم الملك ولا بعد الشراء لأنه يعتق عليه بالشراء ، فيكون نفس الشراء إعتاقا ، فاذا نوى بالشراء الكفارة يصير إعتاقا عن الكفارة فيصحّ ويجزئه (وإن أعتق نصف عبده ثم جامعها ثم أعتق باقيه لم يجزه) عنده . وعندهما يجزئه بناء على تجزى الإعتاق ، فعندهما لما أعتق نصفه كان إعتاقا للجميع ، وعنده لا فقد أعتق النصف قبل المسيس والنصف بعده ، والشرط أن يكون الإعتاق قبل المسيس فلا يجزئه فيستأنف عتق رقبة أخرى (وإن لم يجامع بين الإعتاقين أجزأه) بالإجماع ، أما عندهما فظاهر ،

وَالعَبْدُ لا يُجْزِئُهُ فى الظِّهارِ إلاَّ الصَّوْمُ ، فإنْ لَمْ يَجِدْ ما يَعْتِقُ صامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لَيْسَ فِيهِما رَمَضَانُ وَيَوْما العِيدِ وأيَّامُ التَّشْرِيقِ ، فإنْ جامَعَها فى الشَّهْرَيْنِ لَيْلاً أوْ نَهاراً عامِداً أوْ ناسِيا بِعُذْرٍ أوْ بِغَيْرِ عُذْرٍ اسْتَقْبَلَ (س) ، فإنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الصِّيامَ أطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِينا ، وَيُطْعِمُ كما ذَكَرْنا فى صَدَقَةِ الفِطْرِ أوْ قِيمَةَ ذلكَ ، فإنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ جازَ ،

وأما عنده فلأنه أعتقه بكلامين ، وما حصل فيه من النقص حصل بسبب الإعتاق للكفارة وأنه غير مانع ، كما إذا أصابت السكين عين شاة الأضحية وقد أضجعها للذبح ؛ وعلى هذا لو أعتق نصف عبد مشترك لايجزئه موسرا كان أو معسرا بناء على ما مرّ ، وعندهما إن كان موسرا أجزأه ، لأنه يملك نصيب شريكه بالضمان وكان معتقا للكل ، وإن كان معسرا لايجزئه ، لأن السعاية وجبت للشريك فى نصيبه فلم يوجد منه عتق الجميع . قال (والعبد لايجزئه فى الظهار إلا الصوم) لأنه عاجز عن الإعتاق والإطعام لأنه لايملك شيئا . قال عليه الصلاة والسلام « لايملك العبد إلا الطلاق » . قال (فان لم يجد) المظاهر (ما يعتق صام شهرين متتابعين) لقوله تعالى - فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا - . قال (ليس فيهما رمضان ويوما العيد وأيام التشريق) أما رمضان فلأنه يقع عن الفرض لتعينه على ما مرّ فى الصوم فلا يقع عن غيره ؛ وأما الباقى فلأن الصوم فيها حرام فكان ناقصا فلا يتأدّى به الواجب . قال (فإن جامعها فى الشهرين ليلا أو نهارا عامدا أو ناسيا بعذر أو بغير عذر استقبل) لقوله تعالى - من قبل أن يتماسا - وقال أبو يوسف : إن جامع ليلا عامدا أو نهارا ناسيا لم يستأنف لأن ذلك لايمنع التتابع حتى لايفسد به الصوم . وجوابه أن النصّ شرط كونه قبل المسيس وأنه ينعدم بالمسيس فيستأنف ، ولو حاضت المرأة فى كفارة الصوم لاتستقبل ، وإن أفطرت لمرض استقبلت ، ولو حاضت فى كفارة اليمين استقبلت ، لأن الحيض يتكرّر فى كل شهر ولا كذلك المرض . وعن محمد : لو صامت شهرا ثم حاضت ثم أيست استقبلت . وعن أبى يوسف : لو حبلت فى الشهر الثانى بنت ، ومن له دين ليس له غيره ولا يقدر على استخلاصه كفر بالصوم ؛ ولو حنث موسرا ثم أعسر أو بالعكس فالمعتبر حالة التكفير ، ولو أيسر فى خلال الصوم أعتق كالمتيمم إذا وجد الماء فى صلاته . قال (فإن لم يستطع الصيام أطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى - فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا - (ويطعم كما ذكرنا فى صدقة الفطر) لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سهل بن صخر أو أوس بن الصامت « لكلّ مسكين نصف صاع من برّ » ولأنه لحاجة المسكين فى اليوم فاعتبرت بصدقة الفطر . قال (أو قيمة ذلك) لما مرّ فى دفع القيم فى الزكاة . قال (فإن غدّاهم وعشاهم جاز) قال تعالى - فإطعام ستين مسكينا - وهو التمكين

وِلا بُدَّ مِنْ شِبَعِهِمْ فِى الأَكْلَتَيْنِ ، وَلا بُدَّ مِنَ الإدامِ فِى خُبْزِ الشَّعِيرِ دُونَ الحِنْطَةِ ، وَلَوْ أَطْعَمَ مِسْكِينا سِتِّينَ يَوْما أَجْزَأَهُ ، وَإِنْ أَعْطاهُ فِى يَوْمٍ وَاحِدٍ عَنِ الكُلِّ أَجْزَأَهُ عَنْ يَوْمٍ وَاحِدٍ ، فَإِنْ جامَعَها فِى خِلالِ الإِطْعامِ لَمْ يَسْتَأْنِفْ ، وَمَنْ أَعْتَقَ رَقَبَتَيْنِ أَوْ صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَطْعَمَ مائَةً وَعِشْرِينَ مِسْكِينا عَنْ كَفَّارَتَىْ ظِهارٍ أَجْزَأَهُ عَنْهُما وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ، وَإِنْ أَطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِينا كلَّ مِسْكِينٍ صَاعا مِنْ بُرٍّ عَنْ كَفَّارَتَيْنِ لَمْ يُجْزِهِ إلاَّ عَنْ وَاحِدَةٍ (م) ،

من الطعم (ولا بدّ من شبعهم فى الأكلتين) اعتبارا للعادة (ولا بدّ من الإدام فى خبز الشعير دون الحنطة) لأنه لايتمكن من الشبع فى خبز الشعير دون الإدام فانه قلما ينساغ دونه ، ولاكذلك خبز الحنطة . وعن أبى حنيفة رحمه الله : لو غدّاهم وعشاهم خبزا وإداما أو خبزا بغير إدام أو خبز الشعير أو سويقا أو تمرا جاز ، ولو غدّى ستين وعشى ستين غيرهم لم يجزه إلا أن يعيد على ستين منهم غداء أو عشاء ؛ ويجوز غداءان أو عشاءان أو عشاء وسحور ، وكذا لو غدّاهم يوما وعشاهم يوما آخر لوجود أكلتين مشبعتين ، ولو عشاهم فى رمضان لكل مسكين ليلتين أجزأه ، والمستحبّ غداء وعشاء ؛ ولو أطعم كلّ مسكين مدّا فعليه أن يعطيه مدّا آخر ، ولا يجوز أن يعطيه غيرهم لأن الواجب شيئان : مراعاة عدد المساكين ، والمقدار فى الوظيفة لكل المسكين . قال (ولو أطعم مسكينا) واحدا (ستين يوما أجزأه) لأن المعتبر دفع حاجة المسكين وأنها تتجدد بتجدد اليوم (وإن أعطاه فى يوم واحد عن الكلّ أجزأه عن يوم واحد) لاندفاع الحاجة بالمرّة الأولى ، وهذا لاخلاف فيه فى الإباحة ، فأما التمليك منه فى يوم واحد فى دفعات قيل لايجزئه ، وقيل يجزئه لأن الحاجة إلى التمليك تتجدّد فى اليوم مرّات ؛ ولو دفع الكلّ إليه مرّة واحدة لايجوز لأن التفريق واجب بالنصّ . قال (فإن جامعها فى خلال الإطعام لم يستأنف) لأن النصّ لم يشترط فى الإطعام قبل المسيس ، إلا أنا أوجبناه قبل المسيس لاحتمال القدرة على الإعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى فى غيره لاينافى المشروعية . قال (ومن أعتق رقبتين ، أو صام أربعة أشهر ، أو أطعم مائة وعشرين مسكينا عن كفارتى ظهار أجزأه عنهما وإن لم يعين) لأن الجنس متحد فلا حاجة إلى التعيين . وقال زفر رحمه الله : لايجوز عن واحدة منهما مالم يعتق عن كلّ واحدة واحدة لأنه لما أعتق عنهما انقسم كلّ إعتاق عليهما فيقع العتق أشقاصا عن كل واحدة ، فلا يجوز كما إذا اختلف الجنس . ولنا أن الواجب تكميل العدد دون التعيين ، إذ التعيين لايفيد فى الجنس الواحد على ما عرف ، بخلاف اختلاف الجنس ، لأن التعيين مفيد فيه فيشترط (وإن أطعم ستين مسكينا كلّ مسكين صاعا من برّ عن كفارتين لم يجزه إلا عن واحدة) وقال محمد رحمه الله : عنهما ، وإن أطعم

(وَإِنْ أَعْتَقَ وَصَامَ عَنْ كَفَّارَتَىْ ظِهارٍ فَلَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذلكَ عَنْ أَيِّهِما شاءَ .

باب اللعان

وَيَجِبُ بِقَذْفِ الزَّوْجَةِ بالزّنا أَوْ بِنَفْيِ الوَلَدِ إِذا كانا مِنْ أَهْلِ الشَّهادَةِ وَهِيَ مِمَّنْ يُحَدُّ قاذِفُها وَطالَبَتْهُ بِذَلِكَ ،

ذلك عن ظهار وإفطار أجزأه عنهما بالإجماع ، وعليه قياس محمد رحمه الله ، وهذا لأن بالمؤدّى وفاء بهما ، والمصروف إليه محلّ لهما فيقع عنهما وصار كما إذا فرّق الدفع . ولهما أن النية تعتبر فى الجنسين لافى جنس واحد ، وإذا لغت النية فى الجنس الواحد بتى أصل النية فينجزى عن الواحدة كما إذا قال عن كفارة ظهار (وإن أعتق وصام عن كفارتى ظهار فله أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) لأن النية معتبرة عند اختلاف الجنس .

باب اللعان

وهو مصدر لاعن يلاعن ملاعنة كقاتل يقاتل مقاتلة ، والملاعنة مفاعلة من اللعن ، ولا يكون هذا الوزن إلا بين اثنين ، إلا ما شذّ كراهقت الحلم وطارقت النعل وعاقبت اللصّ ونحوه ، وهو لفظ عامّ . وفى الشرع هو مختصّ بملاعنة تجرى بين الزوجين بسبب مخصوص بصفة مخصوصة على ما يأتيك إن شاء الله تعالى ، وهو شهادات مؤكدات بالأيمان موثقة باللعن والغضب من الله تعالى كما نطق به الكتاب ، وقد كان موجب القذف فى الحدّ فى الأجنبية والزوجة بقوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ـ الآية فنسخ فى الزوجات إلى اللعان بقوله تعالى ـ والذين يرمون أزواجهم ـ الآية . وسبب ذلك ما روى ابن عباس رضى الله عنه « أن هلال بن أمية قذف امرأته خولة بشريك بن السمحاء عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : رأيت بعينى وسمعت بأذنى ، فاشتدّ ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال سعد بن عبادة : الآن يضرب هلال وتردّ شهادته ، ثم قال عليه الصلاة والسلام : البينة أو حدّ فى ظهرك ، فقال : يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة ، فجعل صلى الله عليه وسلم يقول : البينة أو حدّ فى ظهرك ، فقال هلال : والذى بعثك بالحقّ إنى لصادق ولينزلنّ الله ما يبرئ ظهرى من الحدّ ، فنزل ـ والذين يرمون أزواجهم ـ إلى قوله ـ إن كان من الصادقين ـ فلاعن عليه الصلاة والسلام بينهما ، وقال عند ذكر اللعنة والغضب : آمين ، وقال القوم : آمين » . قال (ويجب بقذف الزوجة بالزنا) لما تلونا (أو بنفى الولد) لأنه فى معناه . قال (إذا كانا من أهل الشهادة وهى ممن يحدّ قاذفها وطالبته بذلك) لأن الركن فيه الشهادة . قال تعالى

فإن امْتَنَعَ مِنْهُ حُبِسَ حَتّى يُلاعِنَ أَوْ يُكَذّبَ نَفْسَهُ فَيُحَدّ ، فإذا لاعَنَ وَجَبَ عَلَيْها اللِّعانُ ، وَتُحْبَسُ حَتّى تُلاعِنَ أَوْ تُصَدّقَهُ ، وَإذا لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ مِنْ أَهْلِ الشَّهادَةِ فَعَلَيْهِ الحَدُّ ، وَإنْ كانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهادَةِ وَهِيَ مِمَّنْ لا يُحَدُّ قاذِفُها فَلا حَدَّ عَلَيْهِ وَلا لِعانَ وَيُعَزَّرُ .

ـ ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم ـ . والشهادة لاتكون معتبرة إلا إذا صدرت من أهلها ، فوجوب الشهادة عليهما اشتراط كونهما من أهل الشهادة ، ولا بدّ من أن تكون ممن يحدّ قاذفها ، لأن اللعان فى حقها كحدّ القذف لما أن اللعان عقوبة ، فإن كان كاذبا التحق به كالحدّ حتى لاتقبل شهادته بعد اللعان أبدا ، وهو فى حقها كحدّ الزنا لأن الغضب فى حقها من الله تعالى عقوبة شديدة يلتحق بها إن كانت كاذبة فقام مقام حدّ الزنا ، ولهذا لايثبت اللعان بالشهادة على الشهادة ، ولا بكتاب القاضي ، ولا بشهادة النساء كالحدود ، ولا بدّ من طلبها لها لأن الحقّ كما فى حدّ القذف . وشرط اللعان قيام الزوجية بينهما بنكاح صحيح دون الفاسد ، لأن مطلق الزوجية ينصرف إلى الصحيح . قال (فإن امتنع منه حبس حتى يلاعن) لأنه حد وجب عليه فيحبس فيه لقدرته عليه (أو يكذب نفسه فيحد) لأنه إذا أكذب نفسه سقط اللعان ، وإذا سقط اللعان وجب عليه الحدّ ، لأن القذف لايخلو عن موجب ، فإذا سقط اللعان صرنا إلى حدّ القذف ، إذ هو الأصل (فاذا لاعن وجب عليها اللعان) بالنصّ (وتحبس حتى تلاعن) لما بينا (أو تصدقه) فلا حاجة إلى اللعان ولا يجب عليها حدّ الزنا ، لأن من شرطه الأقارير الأربعة عندنا على ما يأتى بيانه ، ولهذا قال الشافعى رحمه الله تحدّ لأن الزانى يحدّ عنده بالإقرار مرّة واحدة ، ويبتدئ فى اللعان بالزوج لأنه هو المدعى ، ولأنه عليه الصلاة والسلام بدأ بالزوج ، فلما التعنا فرّق بينهما ، فإن التعنت المرأة أوّلا ثم الزوج أعادت ليكون على الترتيب المشروع ، فإن فرّق بينهما قبل الإعادة جاز لأن المقصود تلاعنهما وقد وجد . قال (وإذا لم يكن الزوج من أهل الشهادة) بأن كان عبدا أو محدودا فى قذف أو كافرا (فعليه الحدّ) لأن اللعان امتنع لمعنى من جهته فيرجع إلى الموجب الأصلى (وإن كان من أهل الشهادة وهى ممن لايحدّ قاذفها) بأن كانت أمة أو كافرة أو محدودة فى قذف أو صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حدّ عليه ولا لعان) لأن المانع من جهتها فصار كما إذا صدقته (ويعزّر) لأنه آذاها وألحق الشين بها ولم يجب الحدّ فيجب التعزير حسما لهذا الباب ، ولو كانا محدودين فى قذف حدّ لأن اللعان امتنع من جهته لأنه يبدأ به وهو ليس من أهل الشهادة ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « أربعة لالعان بينهم وبين نسائهم : اليهودية والنصرانية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحرّ ، والحرّة تحت المملوك » وفى رواية « والمسلم تحته كافرة ، والكافر

وَصِفَةُ اللِّعانِ أَنْ يَبْتَدِئَ القاضِي بالزَّوْجِ فَيَشْهَدُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ يَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ أَشْهَدُ باللهِ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيما رَمَيْتُكِ بِهِ مِنَ الزِّنا ، وَيَقُولُ فِي الخامِسَةِ لَعْنَةُ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كانَ مِنَ الكاذِبِينَ فِيما رَمَيْتُكِ بِهِ مِنَ الزِّنا ؛ وَإِنْ كانَ القَذْفُ بِوَلَدٍ يَقُولُ : فِيما رَمَيْتُكِ بِهِ مِنْ نَفْيِ الوَلَدِ . وَإِنْ كانَ بِهِما يَقُولُ : فِيما رَمَيْتُكِ بِهِ مِنَ الزِّنا وَمِنْ نَفْيِ الوَلَدِ . ثُمَّ تَشْهَدُ المَرْأَةُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ تَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ : أَشْهَدُ باللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الكاذِبِينَ فِيما رَمانِي بِهِ مِنَ الزِّنا ، وَتَقُولُ فِي الخامِسَةِ : غَضَبُ اللهِ عَلَيْها إِنْ كانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيما رَمانِي بِهِ مِنَ الزِّنا ، وَفِي نَفْيِ الوَلَدِ تَذْكُرُهُ ؛ فَإِذا التَعَنا فَرَّقَ الحاكِمُ بَيْنَهُما ، فإذا فَرَّقَ بَيْنَهُما كانَتْ تَطْلِيقَةً بائِنَةً (س) ،

تحته مسلمة » وصورته : إذا كانا كافرين فأسلمت فقذفها قبل عرض الإسلام عليه .
(وصفة اللعان أن يبتدئ القاضى بالزوج فيشهد أربع مرات يقول فى كل مرّة : أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا ، ويقول فى الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتك به من الزنا ؛ وإن كان القذف بولد يقول : فيما رميتك به من نفى الولد ، وإن كان بهما يقول : فيما رميتك به من الزنا ومن نفى الولد) لأنه المقصود باليمين (ثم تشهد المرأة أربع مرّات تقول فى كلّ مرّة : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا ، وتقول فى الخامسة : غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا ، وفى نفى الولد تذكره) كما تقدّم (فاذا التعنا فرّق الحاكم بينهما)ولاتقع الفرقة قبل الحكم حتى لومات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر . وقال زفر : تقع الفرقة بينهما بالتلاعن لوقوع الحرمة المؤبدّة بينهما بالنصّ وهو المقصود من الفرقة . ولنا ما روى« أن النبى عليه الصلاة والسلام لما لاعن بينهما قال الزوج : كذبت عليها إن أمسكتها هى طالق ثلاثا » . قال الراوى : ففارقها قبل أن يأمره رسول الله بفراقها ، فأمضى عليه ذلك فصار سنة المتلاعنين ، ولو وقعت الفرقة بتلاعنهما لم يقع الطلاق ولما أمضاه عليه الصلاة والسلام ولبين له بطلان اعتقاده فى وقوع الطلاق ، ولأن حرمة الاستمتاع تثبت باللعان ، لأن اللعن والغضب نزل بأحدهما بيقين وأثره بطلان النعمة ، وحلّ الاستمتاع نعمة والزوجية نعمة ، وحلّ الاستمتاع أقلهما فيحرم ،وهذه الحرمة جاءت من قبله لأنها بسبب قذفه فقد فوّت عليها الإمساك بالمعروف فيجب عليه التسريح بالإحسان ، فاذا لم يشرحها وهو قادر عليه كان ظالما لها فينوب القاضى منابه دفعا للظلم (فاذا فرّق بينهما كانت تطليقة بائنة) لأنه كفعل الزوج كما فى الجبّ والعنة . وقال أبو يوسف : هو تحريم مؤبد ، وثمرته إذا أكذب

فإنْ كانَ القَذْفُ بِوَلَدٍ نَفَى القاضِي نَسَبَهُ وألحَقَهُ بِأُمِّهِ ، وَإذَا قالَ : حَمْلُكِ لَيْسَ مِنِّي فَلا لِعانَ (سم) .

نفسه حدّه القاضي وعاد خاطبا، وعنده لا لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لايجتمعان أبدا » ولنا أنه إذا أكذب نفسه لم يصيرا متلاعنين ولا يبقى حكمه ، ولهذا وجب عليه الحدّ بالإكذاب ، ولأن اللعان شهادة وهي تبطل بتكذيب الشاهد نفسه فلم يبقيا متلاعنين لاحقيقة ولا حكما فلم يتناولهما النصّ . قال (فإن كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه) لأنه عليه الصلاة والسلام نفى ولد امرأة هلال وألحقه بأمه . وإذا قذف الأعمى امرأته العمياء أو الفاسق امرأته يجب اللعان لأنهما من أهل الشهادة ؛ ولو كان أحدهما أخرس لاحدّ ولا لعان لأنه ليس من أهل الشهادة ؛ ولو خرس أحدهما أو ارتدّ أو أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحدّ للقذف ، أو وطئت حراما بعد اللعان قبل التفريق بطل اللعان ولا حدّ ولا تفريق ، لأن ما منع الوجوب منع الإمضاء لوجود الشبهة ؛ ولو وطئت بشبهة فقذفها زوجها لالعان عليه ولا حدّ على قاذفها . وعن أبي يوسف أنه رجع وقال : يجب اللعان والحدّ لأنه وطء يجب فيه المهر ويثبت النسب . وجه الظاهر أنه وطء في غير ملك فأشبه الزنا وصار شبهة في إسقاط الحدّ عن القاذف ؛ ولو قذفها ثم وطئت حراما لالعان بينهما لما بينا ، ولو لم يفرّق الحاكم بينهما حتى عزل أو مات فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما . وقال محمد : لايستقبل لأن اللعان قائم مقام الحدّ فصار كإقامة الحدّ حقيقة ، وذلك لايؤثر فيه عزل الحاكم وموته . ولهما أن تمام الإمضاء في التفريق والإنهاء فلا يتناهى قبله فيجب الاستقبال ؛ ولو طلقها بعد القذف ثلاثا أو بائنا فلا حدّ ولا لعان ، ولو كان رجعيا لاعن لقيام الزوجية ؛ ولو تزوّجها بعد الطلاق البائن فلا لعان ولا حدّ بذلك القذف ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا يا زانية فعليه الحدّ دون اللعان لأنه قذف أجنبية ؛ ولو قال : يا زانية أنت طالق ثلاثا فلا حدّ ولا لعان ، لأنه طلقها ثلاثا بعد وجوب اللعان فسقط بالبينونة ؛ ولو قذف أربع نسوة لاعن مع كلّ واحدة منهنّ ؛ ولو قذف أربع أجنبيات حدّ لهنّ حدّا واحدا ، والفرق أن المقصود في الثانية الزجر ، وهو يحصل بحدّ واحد ، أما الأوّل فالمقصود باللعان دفع العار عن المرأة وإبطال نكاحها عليه وذلك لايحصل بلعان واحد . قال (وإذا قال : ليس حملك مني فلا لعان) وقالا : إن ولدت لأقلّ من ستة أشهر من يوم القذف يجب اللعان لأنا تيقنا بقيام الحمل يومئذ ، وله أنه يومئذ لم يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا ، وإذا لم يكن قاذفا في الحال يصير كأنه قال : إن كان بك حمل فليس مني ولا يثبت حكم القذف إذا كان معلقا بالشرط ، وأجمعوا أنه لاينتفي نسب الحمل قبل الولادة لأنه حكم عليه ولاحكم على الجنين قبل الولادة كالإرث والوصية ؛ ولو نفى ولد زوجته الحرّة فصدقته

وَيَصِحُّ نَفْيُ الوَلَدِ عَقِيبَ الوِلادَةِ وفى حالَةِ التَّهْنِئَةِ وَابْتِياعِ آلَةِ الوِلادَةِ فَيُلاعِنُ وَيَنْفِيهِ القاضِى ، وَبَعْدَ ذلكَ يَثْبُتُ نَسَبُهُ وَيُلاعِنُ ، وَإِنْ كانَ غائبا فَعَلِمَ فكأنها وَلَدَتْ حالَ عِلْمِهِ ؛ وَمَنْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فى بَطْنٍ وَاحِدٍ فاعْتَرَفَ بالأَوَّلِ وَنَفَى الثَّانِىَ ثَبَتَ نَسَبُهُما وَلاعَنَ ، وَإِنْ عَكَسَ فَنَفَى الأَوَّلَ وَاعْتَرَفَ بالثَّانِى ثَبَتَ نَسَبُهُما وَحُدَّ :

فلا حدّ ولا لعان وهو ابنهما لايصدقان على نفيه ، لأن النسب حقّ الولد والأمّ لاتملك إسقاط حقّ ولدها فلا ينتفى بتصديقها ؛ وإنما لم يجب الحدّ واللعان لتصديقها لأنه لايجوز لها أن تشهد أنه لمن الكاذبين وقد قالت إنه لصادق ، وإذا تعذّر اللعان لاينتفى النسب . قال (ويصحّ نفى الولد عقيب الولادة وفىحالة التهنئة وابتياع آلة الولادة فيلاعن وينفيه القاضى وبعد ذلك يثبت نسبه ويلاعن) وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه مقدّر بسبعة أيام لأن أثر الولادة والتهنئة فيها اعتبارا بالعقيقة ، وقالا : يصحّ نفيه فى مدّة النفاس لأنه أثر الولادة ، وله أن الزوج لو نفاه عقيب الولادة انتفى بالإجماع ، ولو لم ينفه حتى طالت المدة لم يكن له نفيه بالإجماع فلا بدّ من حدّ فاصل ، ومعلوم أن الإنسان لايشهد عليه بنسب ولده ،وإنما يستدلّ على ذلك بقبوله التهنئة وابتياع متاع الولادة وقبول هدية الأصدقاء ، فاذا فعل ذلك أو مضى مدّة يفعل فيه ذلك عادة وهو ممسك كان اعترافا ظاهرا فلا يصحّ نفيه بعده . قال (وإن كان غائبا فعلم فكأنها ولدت حال علمه) معناه : أنه يصحّ نفيه عندهما فى مدة النفاس بعد العلم . وعنده مدّة التهنئة على ما بينا ، لأنه لايجوز أن يلزمه النسب مع عدم علمه فصار حال علمه كحالة الولادة على الأصلين . وعن أبى يوسف إن علم قبل الفصال فهو مقدّر بمدة النفاس وبعده ليس له أن ينفيه ، لأن قبل الفصال كمدّة النفاس حيث لم ينتقل عن غذائه الأوّل وبعده ينتقل ويخرج عن حالة الصغر فيقبح نفيه كما لو بقى شيخا . قال (ومن ولدت ولدين فى بطن واحد فاعترف بالأوّل ونفى الثانى ثبت نسبهما ولاعن ، وإن عكس فنفى الأوّل واعترف بالثانى ثبت نسبهما وحدّ) أما ثبوت النسب فلأنهما توءمان خلقا من ماء واحد ، فمتى ثبت نسب أحدهما باعترافه ثبت نسب الآخر ضرورة . وأما اللعان فى الأولى والحدّ فى الثانية فلأنه لما نفى الثانى لم يكن مكذبا نفسه فيلاعن ، وفى الثانية لما نفى الأوّل صار مكذّبا نفسه باعترافه الثانى فيحدّ ، ولو قال فى المسئلة الثانية : هما ابناى لايحدّ ولا يكون تكذيبا لأنه صادق لأنهما لزماه من طريق الحكم فكان مخبرا عما ثبت بالحكم .

باب العدة

عِدَّةُ الحُرَّةِ الَّتِي تَحِيضُ فِي الطَّلَاقِ وَالفَسْخِ بَعْدَ الدُّخُولِ ثَلَاثُ حِيَضٍ ، وَالصَّغِيرَةِ وَالآيِسَةِ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ؛ وَعِدَّتُهُنَّ فِي الوَفَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشَرَةُ أَيَّامٍ ؛ وَعِدَّةُ الأَمَةِ فِي الطَّلَاقِ حَيْضَتَانِ ، وَفِي الصِّغَرِ وَالإِيَاسِ شَهْرٌ وَنِصْفٌ ؛ وَعِدَّتُهَا فِي الوَفَاةِ شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ ؛ وَعِدَّةُ الكُلِّ فِي الحَمْلِ وَضْعُهُ ؛

باب العدة

وهو مصدر عده يعده ، وسئل عليه الصلاة والسلام « متى تكون القيامة ؟ قال : إذا تكاملت العدّتان » أى عدّة أهل الجنة وعدّة أهل النار : أى عددهم ، وسمى الزمان الذى تتربص فيه المرأة عقيب الطلاق والموت عدّة لأنها تعد الأيام المضروبة عليها وتنتظر أوان الفرج الموعود لها . والأصل فى وجوبها قوله تعالى ـ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ـ وقوله تعالى ـ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهنّ أربعة أشهر وعشرا ـ وقوله ـ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدّتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهنّ ـ وقوله تعالى ـ فطلقوهنّ لعدّتهنّ وأحصوا العدّة ـ وهى ثلاثة أنواع : الحيض ، والشهور ، ووضع الحمل ، وبكلّ ذلك نطق الكتاب. وتجب بثلاثة أشياء : بالطلاق ، وبالوفاة ، وبالوطء على ما نبينه إن شاء الله تعالى . قال (عدّة الحرّة التى تحيض فى الطلاق والفسخ بعد الدخول ثلاث حيض ، والصغيرة والآيسة ثلاثة أشهر ؛ وعدّتهنّ فى الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام) لما تلونا من الآيات ؛ والفرقة بالفسخ كالطلاق ، لأن العدّة للتعرّف عن براءة الرحم وأنه يشملهما (وعدّة الأمة فى الطلاق حيضتان) لقوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان » (وفى الصغر والإياس شهر ونصف) لأنّ الرق منصف إلا أن الحيضة لا تتجزى فكملت احتياطا ، وقد قال عمر رضى الله عنه : لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا . أما الشهر فيتجزى فجعلناه شهرا ونصفا (وعدتها فى الوفاة شهران وخمسة أيام) لما بينا (وعدّة الكلّ فى الحمل وضعه) لعموم قوله تعالى ـ وأولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ ـ ولأن المقصود التعرّف عن براءة الرحم ولا براءة مع وجود الحمل ولا شغل بعد وضعه ، وإليه الإشارة بقول عمر رضى الله عنه : لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحلّ لها أن تتزوّج ، وعن ابن مسعود رضى الله عنه : من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى : يعنى سورة الطلاق قوله تعالى ـ وأولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ نزلت بعد التى

وَلا عِدَّةَ فى الطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلا عَلَى الذِّمِّيَّةِ فى طَلاقِ الذِّمِّىِّ ؛ وَعِدَّةُ أُمِّ الوَلَدِ مِنْ مَوْتِ سَيِّدِها وَالإعْتاقِ ثَلاثُ حِيَضٍ أَوْ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ ؛ وَالعِدَّةُ فى النِّكاحِ الفاسِدِ وَالوَطْءِ بِشُبْهَةٍ بالحَيْضِ فى المَوْتِ وَالفُرْقَةِ ؛ وَعِدَّةُ امْرأةِ الفارِّ أبْعَدُ الأجَلَيْنِ فى البائِنِ (س) وَعِدَّةُ الوَفاةِ فى الرَّجْعِىِّ ؛ وَلَوْ أُعْتِقَتِ الأمَةُ فى العِدَّةِ مِنْ طَلاقٍ رَجْعِىٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُها إلى عِدَّةِ الحَرائِرِ وفِى البائِنِ لا ، وَلَوْ اعْتَدَّتِ الآيِسَةُ بالأشْهُرِ ثُمَّ رأتِ الدَّمَ

فى سورة البقرة : يعنى ـ والذين يتوفون منكم ويذرون ـ الآية ؛ وإن أسقطت سقطا استبان بعض خلقه انقضت العدّة وإلا فلا لأنه إذا استبان فهو ولد ، وإذا لم يستبن جاز أن يكون ولدا وغير ولد فلا تنقضى العدة بالشكّ . قال (ولا عدة فى الطلاق قبل الدخول) لقوله تعالى فيه ـ فما لكم عليهنّ من عدّة تعتدونها ـ قال (ولا على الذمية) وقد مرّ فى النكاح ، ولا عدّة فى نكاح الفضولى قبل الإجازة ، لأن النسب لايثبت فيه لأنه موقوف فلم ينعقد فى حقّ حكمه فلا يورث شبهة الملك والحلّ ، والعدّة وجبت صيانة للماء المحترم عن الخلط واحترازا عن اشتباه الأنساب . قال (وعدّة أمّ الولد من موت سيدها والإعتاق ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر) إن كانت ممن لاتحيض لما روى أن مارية القبطية أمّ ولد رسول الله عليه الصلاة والسلام اعتدت بعد وفاته بثلاثة أقراء ولم ينكر عليها أحد من الصحابة رضى الله عنهم ، فإما أنها نقلته عن النبىّ عليه الصلاة والسلام ، وإما أن يكون إجماعا منهم ، وكل ذلك حجة . وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : عدّة أم الولد ثلاث حيض ، ولو زوّجها المولى ثم مات فلا عدّة عليها لأن الفراش انتقل إلى الزوج ، فإن طلقها الزوج وانقضت عدتها ثم مات المولى فعليها العدّة لأن الفراش عاد إليه وقد زال بالموت . قال (والعدّة فى النكاح الفاسد والوطء بشبهة بالحيض فى الموت والفرقة) لأنه للتعرّف عن براءة الرحم ولا تجب عدّة الوفاة لأنها ليست بزوجة ، قال (وعدّة امرأة الفارّ أبعد الأجلين فى البائن وعدّة الوفاة فى الرجعى) وهى إذا طلقها وهو مريض فورثت وهى فى العدّة . وقال أبو يوسف : عدتها ثلاث حيض فى البائن لأن النكاح انقطع بالطلاق ولزمتها العدّة بالحيض إلا أنه بقى أثره فى الإرث لما بينا لافى تغيير العدّة وبخلاف الرجعى لأن النكاح باق من كلّ وجه . ولهما أنه بقى فى حقّ الإرث فلأن يبقى فى حقّ العدّة أولى ، لأن العدّة مما يحتاط فيها فيجب أبعد الأجلين . قال (ولو أعتقت الأمة فى العدة من طلاق رجعى انتقلت عدتها إلى عدّة الحرائر ، وفى البائن لا) لأن النكاح قائم من كلّ وجه فى الرجعى دون البائن ، وموته كالبينونة . قال (ولو اعتدّت الآيسة بالأشهر ثم رأت الدم

بَعْدَ ذلكَ أو الصَّغيرَةِ ثُمَّ رأتْهُ فى خِلالِ الشَّهْرِ اسْتَأنَفَتْ بالحَيْضِ ؛ وَلَوِ اعْتَدَّتْ بِحَيْضَةٍ أوْ حَيْضَتَيْنِ ثُمَّ أيِسَتْ اسْتَأنَفَتْ بالشُّهُورِ .

وَابْتِدَاءُ عِدَّةِ الطَّلاقِ عَقِيبَهُ وَالوَفاةِ عَقيبَها ، وتَنْقَضِى بمُضِىِّ المُدَّةِ وَإنْ لَمْ تَعْلَمْ بِهِما ؛

بعد ذلك أو الصغيرة ثم رأته فى خلال الشهر استأنفت بالحيض) أما الآيسة فلأن بالعود علمنا أنها غير آيسة وأن عدتها الحيض وصارت كالممتد طهرها فتستأنف ، وأما الصغيرة فلأن الجمع فى عدة واحدة بين الحيض والأشهر ممتنع ، لما فيه من الجمع بين البدل والمبدل ، ولأنه لم يرد به أثر ولم يقل به بشر ، وقد تعذر الاعتداد بالأشهر فتعين الحيض ؛ أو نقول الأشهر خلف عن الحيض وقد قدرت على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف فيجب عليها كالمتيمم إذا وجد الماء فى صلاته (ولو اعتدت بحيضة أو حيضتين ثم أيست استأنفت بالشهور) لما بينا .

فصل

الأقراء : الحيض ، وهو قول أبى بكر وعمر وعلىّ وابن مسعود وابن عباس وأبى الدرداء وابن الصامت وجماعة من التابعين رضوان الله عليهم أجمعين . وقال زيد بن ثابت وعبد الله ابن عمر وعائشة رضى الله عنهم : إنها الأطهار ، وحاصله أن اسم القرء يقع على الحيض والطهر جميعا لغة حقيقة ، يقال : أقرأت المرأة إذا حاضت ، وأقرأت إذا طهرت ، وأصله الوقت لمجىء الشىء وذهابه ، يقال : رجع فلان لقرئه : أى لوقته الذى يرجع فيه ، وثمرة الخلاف تظهر فى انقضاء العدة ؛ فن قال إنها الحيض يقول : لاتنقضى إلا باستكمال ثلاث حيض ، ومن قال إنها الأطهار يقول : إذا شرعت فى الحيضة الثالثة انقضت العدة ، والحمل على الحيض أولى بالنص والمعقول . أما النص فقوله عليه الصلاة والسلام للمستحاضة « دعى الصلاة أيام أقرائك » وإنما تترك الصلاة أيام الحيض بالإجماع ، وقوله عليه الصلاة والسلام « عدة الأمة حيضتان » والمعقول أنه ذكره بلفظ الجمع ؛ فن قال إنه للحيض قال : لابد من ثلاث حيض فيتحقق الجمع ، ومن قال إنه الأطهار لايتحقق الجمع على قوله ؛ لأن الطلاق لو وقع فى آخر الطهر انقضت العدة بطهرين آخرين وبالشروع فى الثالث فلا يوجد الجمع ، والعمل بما يوافق لفظ النص أولى . قال (وابتداء عدة الطلاق عقيبه والوفاة عقيبها وتنقضى بمضى المدة وإن لم تعلم بهما) لأن الطلاق والوفاة هو السبب فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ، وإن أقر أنه طلق امرأته من وقت كذا فكذبته أو قالت لاأدرى وجبت العدة من وقت الإقرار ويجعل هذا إنشاء احتياطا ، وإن صدقته فمن وقت

وَابْتِدَاءُ عِدَّةِ النِّكاحِ الفاسدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ أَوْ عَزْمِهِ عَلى تَرْكِ الوطْءِ (ز) ، وَإِذَا وَطِئَتِ المُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ فَعَلَيْها عدَّةٌ وأُخْرَى وَيَتَدَاخلان ، فإن حَاضَتْ حَيْضَةً ثُمَّ وُطِيت كَمَّلَتْها بِثَلاثٍ أُخَرَ ، وأقَلُّ مُدَّةِ العِدَّةِ شَهْرَانِ (سم) ،

الطلاق واختيار المشايخ أنه يجب من وقت الإقرار تحرّزا عن المواضعة وزجرا له عن كتمان طلاقها لأنه يصير مسببا لوقوعها فى المحرم ولا تجب لها نفقة العدّة ، ولها أن تأخذ منه مهرا ثانيا إن وجد الدخول من وقت الطلاق إلى وقت الإقرار لأنه أقرّ بذلك وقد صدقته . قال (وابتداء عدّة النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزمه على ترك الوطء) وقال زفر : من آخر الوطئات لأن الوطء هو الموجب للعدّة . ولنا أن التمكين من الوطء على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه فيجعل واطئا حكما إلى حالة التفريق أو عزم الترك فتجب العدّة من حين انقطاع الوطء حقيقة وشرعا أخذا بالاحتياط . قال (وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدّة أخرى) لوجود السبب (ويتداخلان ، فإن حاضت حيضة ثم وطئت كمّلتها بثلاث أخر) وتحسب حيضتان من العدّتين وتكمل الأولى والثالثة تتمة للثانية ، لأن المقصود من العدّة التعرّف عن براءة الرحم ، وأنه حاصل بالعدّة الواحدة لأنه لابدّ من ثلاث حيض بعد الوطء الثانى وبه تتعرّف براءة الرحم ، وللثانى أن يتزوّجها بعد استكمال الأولى لأنها فى عدّته ؛ ولو وطئت المعتدّة عن وفاة تممتها ، وما تراه من الحيض فيها يحتسب من الثانية ، فإن استكملت فيها ثلاث حيض فقد انقضتا معا وإلا تمت الثانية بما بقى من حيضها لما بينا . قال (وأقلّ مدّة العدّة شهران) أى مدّة تنقضى فيها ثلاث حيض. وقالا : أقلها تسعة وثلاثون يوما وثلاث ساعات لأنهما يعتبران أقلّ مدّة الحيض وهى ثلاثة أيام ، وأقلّ الطهر وهو خمسة عشر يوما ، ثم يقدر أن وقوع الطلاق قبل أوان الحيض بساعة فثلاثة أيام حيض ، وخمسة عشر طهر ، ثم ثلاثة حيض ، ثم خمسة عشر طهر ، ثم ثلاثة حيض فكملت العدّة . وأبو حنيفة يخرجه من طريقين : أحدهما يعتبر أكثر الحيض احتياطا ، فيبدأ بالحيض عشرة ، ثم خمسة عشر طهر ، ثم عشرة حيض ، ثم خمسة عشر طهر ، ثم عسرة حيض فذلك ستون يوما ، وهذه رواية محمد ، والآخر وهو رواية الحسن بن زياد أنه يعتبر الوسط من الحيض وهو خمسة أيام ، ويجعل مبدأ الطلاق فى أوّل الطهر عملا بالسنة ؛ فخمسة عشر يوما طهر وخمسة حيض ، هكذا ثلاث مرّات يكون ستين يوما ؛ والأمة تصدق عندهما فى أحد وعشرين يوما ، ستة أيام حيضتان ، وخمسة عشر يوما طهر بينهما . وعند أبى حنيفة على رواية الحسن أربعين يوما ، وعلى رواية محمد خمسة وثلاثين ، ولو كانت حاملا وقد علق طلاقها بالولادة ، فعلى قياس رواية محمد عن أبى حنيفة لايصدق فى أقل من خمسة وثمانين يوما ، وعلى قياس رواية الحسن مائة يوم ؛

وَلا يَنْبَغِي أَنْ تُخْطَبَ المُعْتَدَّةُ ، وَلا بَأْسَ بِالتَّعْرِيضِ ،

وعلى قياس قول أبي يوسف خمسة وستون ، وفي الأمة على رواية محمد خمسة وستون ، ورواية الحسن خمسة وسبعون ، وعن أبي يوسف سبعة وأربعون ، وعن محمد ستة وثلاثون وثلاث ساعات ، ويعرف ذلك لمن يتأمله بتوفيق الله تعالى. ثم إن وقع الطلاق للآيسة والصغيرة أو الموت غرّة الشهر اعتبرت الشهور بالأهلة بالإجماع وإن نقص عددها ، وإن وقع ذلك في وسط الشهر تعتبر بالأيام فتعتدّ في الطلاق بتسعين يوما ، وفي الوفاة مائة وثلاثين يوما وهو رواية عن أبي يوسف ، وروى عنه وهو قول محمد تعتدّ بقية الشهر بالأيام وتكمله من الشهر الرابع ، وتعتدّ بشهرين فيما بينهما بالأهلة ، لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلة إلا عند التعذّر ، وقد تعذر في الأوّل فيعمل فيه بالأيام لأنها كالبدل عن الأهلة ، ويعمل في الباقي بالأصل . ولأبي حنيفة أنه لايدخل الشهر الثاني ولا يعدّ إلا بعد انقضاء الأوّل ، ولا انقضاء للأوّل إلا بعد استكماله فيكمل الأوّل من الثاني ، وهكذا الثاني مع الثالث فتعذر اعتبار الأهلة في الكلّ ، وعلى هذا مدّة الإيلاء واليمين إذا حلف لايفعل كذا سنة والإجارات ونحوها ، وإذا قالت : انقضت عدتي صدقت لأنها أمينة فإن كذبها الزوج حلفت كالمودع . واختلف أصحابنا في حدّ الإياس ، قال بعضهم : يعتبر بأقرانها من قرابتها ، وقيل يعتبر بتركيبها لأنه يختلف بالسمن والهزال . وعن محمد أنه قدره بستين سنة . وعنه في الروميات بخمس وخمسين ، وفي المولدات ستين ، وقيل خمسين سنة ، والفتوى على خمس وخمسين من غير فصل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وعنه أيضا ما بيّن خمس وخمسين إلى ستين . وذكر محمد في نوادر الصلاة : العجوز الكبيرة إذا رأت الدم مدّة الحيض فهو حيض إذا لم يكن عن آفة . وقال محمد بن مقاتل الرازي : هذا إذا لم يحكم بإياسها ، فأما إذا حكم بإياسها ثم رأت الدم لايكون حيضا وهو الصحيح . والمرأة إذا لم تحض أبدا حتى بلغت مبلغا لايحيض فيه أمثالها غالبا حكم بإياسها . وذكر في الجامع الصغير : إذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض حكم بإياسها . قال (ولا ينبغي أن تخطب المعتدّة) لقوله تعالى – ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء – المراد به المعتدات بالإجماع ، لأن الله تعالى نفى الجناح في التعريض وأنه يدلّ على أن تركه أولى فيلزم كراهة التصريح بطريق الأولى (ولا بأس بالتعريض) لأنه تعالى نفى الجناح فإنه دليل الإباحة . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام دخل على أم سلمة وهي في العدّة فذكر منزلته من الله تعالى وهو متحامل على يده حتى أثر الحصير على يده من شدّة تحامله عليها وأنه تعريض ، والتعريض مثل أن يقول : إني فيك لراغب ، وأودّ أن أتزوّجك ، وإن تزوّجتك لأحسننّ إليك ، ومثلك من يرغب فيه ويصلح للرجال ونحوه . وعن النخعي لابأس بأن يهدى إليها ويقوم بشغلها في العدّة

وَعَلَى المُعْتَدَّةِ مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ عَنْ وَفَاةٍ أَوْ طَلَاقٍ بائِنٍ إذَا كَانَتْ بالِغَةً مُسْلِمَةً حُرَّةً أَوْ أَمَةً الحِدَادُ ، وَهُوَ تَرْكُ الطِّيبِ وَالزِّينَةِ وَالكُحْلِ وَالدُّهْنِ وَالحِنَّاءِ إلاَّ مِنْ عُذْرٍ ؛

إن كانت من شأنه ، والتصريح قوله : أنكحك ، وأتزوّج بك ونحوه وأنه مكروه ، قال تعالى - ولكن لاتواعدوهنّ سرّا - قال عليه الصلاة والسلام « السرّ النكاح » وهذا كله فى المبتوتة (١) والمتوفى عنها زوجها . أما المطلقة الرجعية فلا يجوز التصريح ولا التلويح لأن نكاح الأوّل قائم على ما بينا .

فصــــل

(وعلى المعتدّة من نكاح صحيح عن وفاة أو طلاق بائن إذا كانت بالغة مسلمة حرّة أو أمة الحداد) ويقال الإحداد . والأصل فيه ما روى « أن امرأة مات عنها زوجها فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه فى الانتقال فقال : كانت إحداكن تمكث فى أشرّ أحلاسها إلى الحول ، أفلا أربعة أشهر وعشرا ؟» فدلّ أنه يلزمها أن تقيم فى شرّ أحلاسها أربعة أشهر وعشرا . وقال عليه الصلاة والسلام « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت ثلاثة أيام فما فوقها إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا » وروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال : الحناء طيب » وأنه عام فى كلّ معتدة ، ولأنه لما حرم عليها النكاح فى العدة أمرت بتجنب الزينة حتى لاتكون بصفة الملتمسة للأزواج وأنه يعمّ الفصلين، ولأنها وجبت إظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذى كان سبب مئونتها وكفايتها من النفقة والسكنى وغير ذلك، وأنه موجود فى المبتوتة والمتوفى عنها . قال (وهو ترك الطيب والزينة والكحل والدهن والحناء إلا من عذر) لنهيه عليه الصلاة والسلام عن الحناء ، وقوله « الحناء طيب » فدلّ على أن الطيب محظور عليها ، ويدخل فيه الثوب المطيب والمعصفر والمزعفر حتى قالوا : لو كان غسيلا لاينفض جاز لأنه لم يبق له رائحة ، فإن لم يكن لها إلا ثوب واحد مصبوغ لابأس به لأنه عذر ، ولا تمتشط لأنه زينة ، فإن كان فالأسنان المنفرجة دون المضمومة ، ولا تلبس حليا لأنه زينة ، ولا تلبس قصبا ولا خزانة لأنه زينة . وعن أبى يوسف لابأس بالقصب والخزّ الأحمر . فالحاصل أن ذلك يلبس للحاجة و يلبس للزينة فيعتبر القصد فى لبسه ، وقد صحّ « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام لم يأذن للبمتوتة فى الاكتحال » ، بخلاف حالة التداوى لأنه عذر ،

(١) قوله وهذا كله فى المبتوتة ، ليس مذهبا لنا لأن مذهبنا جواز التعريض خاصّ بالمتوفى عنها .

وَلا تَخْرُجُ المَبْتُوتَةُ مِنْ بَيْتِهَا لَيْلاً وَلا نَهَارًا ، وَالمُعْتَدَّةُ عَنْ وَفاةٍ تَخْرُجُ نَهارًا وَبَعْضَ اللَّيْلِ وَتَبِيتُ فى مَنْزِلِهَا ، وَالأَمَةُ تَخْرُجُ لِحاجَةِ المَوْلَى فى العِدَّتَيْنِ فى الوَقْتَيْنِ جَمِيعا ، وَتَعْتَدُّ فى البَيْتِ الَّذى كانَتْ تَسْكُنُهُ حالَ وُقُوعِ الفُرْقَةِ إلاَّ أنْ يَنْهَدِمَ أَوْ تُخْرَجَ مِنْهُ أوْ لاتَقْدِرَ عَلَى أُجْرَتِهِ فَتَنْتَقِلَ .

فكان ضرورة دون التزين ؛ وكذا إذا خافت من ترك الدهن والكحل حدوث مرض بأن كانت معتادة لذلك يباح لها ذلك . ولا إحداد على صغيرة ولا مجنونة لعدم الخطاب ولأنها عبادة حتى لاتجب على الكافرة ؛ بخلاف الأمة لأنها أهل للعبادات وليس فيها إبطال حقّ المولى ، وليس فى عدة النكاح الفاسد إحداد لأنه لايتأسف على زواله لأنه واجب الزوال ولأنه نقمة فزواله نعمة . قال (ولا تخرج المبتوتة من بيتها ليلا ولا نهارا) لقوله تعالى - لاتخرجوهنّ من بيوتهنّ ولا يخرجن - ولأن نفقتها واجبة على الزوج فلا حاجة لها إلى الخروج كالزوجة ، حتى لو اختلعت على أن لانفقة لها قيل تخرج نهارا لمعاشها ، وقيل لا وهو الأصحّ ، لأنها اختارت إسقاط نفقتها فلا يؤثر فى إبطال حقّ المختلعة عليها على أن لاسكنى لها لايجوز لها الخروج . قال (والمعتدة عن وفاة تخرج نهارا وبعض الليل وتبيت فى منزلها) لأنه لانفقة لها فتضطرّ إلى الخروج لإصلاح معاشها وربما امتدّ ذلك إلى الليل . وعن محمد لابأس بأن تبيت فى غير منزلها أقل من نصف الليل لما بينا (والأمة تخرج لحاجة المولى فى العدتين فى الوقتين جميعا) لما فى المنع من إبطال حقه ، وحقّ العبد مقدّم على حق الله تعالى ، وإن كان المولى بوّأها لم تخرج ما دامت على ذلك إلا أن يخرجها المولى ، وكذلك المكاتبة والكتابية تخرج إلا إذا منعها الزوج لصيانة مائه ، والمجنونة والمعتوهة كالذمية ، والصبية تخرج لأنها لايلزمها العبادات ، ولاحقّ للزوج لأنه لحفظ الولد ، ولا ولد إلا فى الطلاق الرجعى ، فلا تخرج إلا باذن الزوج لبقاء الزوجية على ما مرّ (وتعتدّ فى البيت الذى كانت تسكنه حال وقوع الفرقة) لأنه البيت المضاف إليه بقوله تعالى - من بيوتهنّ - لأنه هو الذى تسكنه ، وقال عليه الصلاة والسلام للتى قتل زوجها « اسكنى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » . قال (إلا أن ينهدم أو تخرج منه أو لاتقدر على أجرته فتنتقل) لما يلحقها من الضرر فى ذلك . أما إذا انهدم فلأن السكنى فى الخربة لاتأمن على نفسها ومالها ، ثم قيل تنتقل حيث شاءت إلا أن تكون مبتوتة فتنتقل إلى حيث شاء الرجل لأنه المخاطب بقوله تعالى - أسكنوهنّ - وإذا حوّلها الورثة أو صاحب المنزل فهى معذورة فى ذلك . وروى عن علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه أنه نقل ابنته أم كلثوم لما قتل عمر رضى الله عنه لأنها كانت فى دار الإمارة وعائشة رضى الله عنها نقلت أختها لما قتل طلحة رضى الله

فصـــل

أَقَلُّ مُدَّةِ الحَمْلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ وأَكْثَرُها سَنَتَانِ ، وَإِذَا أَقَرَّتْ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ ثُمَّ جاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وَلِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لا ، وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ وَإِنْ جاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ ما لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ ؛ فَإِنْ جاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ بانَتْ وَيَثْبُتُ النَّسَبُ وَلا يَصِيرُ مُرَاجِعا ، وَإِنْ جاءَتْ بِهِ لِسَنَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ كانَ رَجْعَةً ، وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المَبْتُوتَةِ وَالمُتَوَفَّى عَنْها زَوْجُها لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ ،

عنه ، ولو طلب منها أكثر من أجرة المثل فلما يلحقها من الضرر ، وصار كثمن الماء للمسافر يجوز له التيمم إذا كان بأكثر من ثمن المثل ، ولو أبانها والمنزل واحد يجعل بينه وبينها سترة ، وكذلك الورثة فى الوفاة ، فان لم يجعلوا انتقلت تحرّزا عن الفتنة ، وإذا كان المطلق غائبا وطلب أهل المنزل الأجرة أعطتهم باذن القاضى ويصير دينا على الزوج .

فصـــل

(أقلّ مدّة الحمل ستة أشهر) لما روى أن رجلا تزوّج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فهمّ عثمان برجمها ، فقال ابن عباس : لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم ، فان الله تعالى يقول - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - وقال - والولدات يرضعن أولادهنّ حولين كاملين - فبقى لمدة الحمل ستة أشهر . قال (وأكثرها سنتان) لما روى عن عائشة أنها قالت : لايبقى الولد فى رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفركة مغزل ، وذلك لايعرف إلا توقيفا إذ ليس للعقل فيه مجال ، فكأنها روته عن النبيّ عليه الصلاة والسلام . قال (وإذا أقرّت بانقضاء العدّة ثم جاءت بولد لأقلّ من ستة أشهر ثبت نسبه) لأنه ظهر كذبها بيقين فصار كأنها لم تقرّ به (و) إن جاءت به (لستة أشهر لا) يثبت ، لأنه لم يظهر كذبها فيكون من حمل حادث بعده فلا يثبت نسبه . قال (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين مالم تقرّ بانقضاء العدّة) لاحتمال الوطء والعلوق فى العدّة لجواز أن تكون ممتدّة الطهر (فإن جاءت به لأقل من سنتين بانت) لانقضاء العدّة (ويثبت النسب) لوجود العلوق فى النكاح أو فى العدّة (ولا يصير مراجعا) لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ، ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشكّ (وإن جاءت به لسنتين أو أكثر كان رجعة) لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر أنه منه وأنه وطئها فى العدّة حملا لحالهما على الأحسن والأصلح قال (ويثبت نسب ولد المبتوتة والمتوفى عنها زوجها لأقلّ من سنتين) لاحتمال أن الحمل

وَلا يَثْبُتُ لِأَكْثَرَ مِنْ ذلكَ إلاَّ أنْ يَدَّعِيَهُ (ز) ؛ وَلا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُعْتَدَّةِ إلاَّ بِشَهادَةِ رَجُلَيْنِ (سم) ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، أَوْ حَبَلٍ ظاهِرٍ ، أَوِ اعْتِرَافِ الزَّوْجِ ، أَوْ تَصْدِيقِ الوَرَثَةِ ؛ وَلا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُطَلَّقَةِ الصَّغِيرَةِ رَجْعِيَّةً (س) كانَتْ أَوْ مَبْتُوتَةً (س) إلاَّ أنْ تَأْتِيَ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ ، وفِي عِدَّةِ الوَفاةِ لِأَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ أَشْهُرٍ وَعَشَرَةِ أَيَّامٍ بِساعَةٍ ، وَلَوْ قالَ لَها : إنْ وَلَدْتِ فأنتِ طالِقٌ فَشَهِدَتِ امْرَأَةٌ بالوِلادَةِ لَمْ تَطْلُقْ (سم) ،

كان قائما وقت الطلاق فلا يكون الفراش زائلا بيقين فيثبت النسب احتياطا (ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا أن يدعيه) لأنا تيقنا بحدوث الحمل بعد الطلاق فلا يكون منه إلا أن يدعيه فيجعل كأنه وطئها بشبهة العدّة . وقال زفر : فى عدّة الوفاة إذا جاءت به بعد انقضائها لستة أشهر لايثبت ، لأن الشرع حكم بانقضائها بالأشهر فصار كإقرارها . وجوابه أنه لانقضاء العدّة وجه آخر وهو وضع الحمل ، بخلاف الصغيرة لأن الأصل عدم الحمل فيها لعدم المحلية فوقع الشك فى البلوغ . قال (ولا يثبت نسب ولد المعتدة إلا بشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ، أو حبل ظاهر ، أو اعتراف الزوج ، أو تصديق الورثة) وقالا : يثبت بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش قائم لقيام العدّة ، وهو ملزم للنسب كقيام النكاح . ولأبى حنيفة أنها لو أقرّت بوضع الحمل انقضت العدة ، والمنقضى لايكون حجة فيحتاج إلى إثبات النسب فلا بدّ من حجة كاملة . أما إذا ظهر الحبل أو اعترف به الزوج فالنسب ثابت قبل الولادة والحاجة إلى التعيين وأنه يثبت بشهادتها ، وكذا إذا اعترف به الورثة بعد الموت . وهذا فى حقّ الإرث ظاهر لأنه حقهم . وأما النسب فإن كانوا من أهل الشهادة ثبت بشهادتهم ، ولا يثبت فى حقهم باعترافهم ويثبت فى حقّ غيرهم تبعا للثبوت فى حقهم . قال (ولايثبت نسب ولد المطلقة الصغيرة رجعية كانت أومبتوتة إلا أن تأتى به لأقلّ من تسعة أشهر ، وفى عدة الوفاة لأقلّ من عشرة أشهروعشرة أيام بساعة) وقال أبو يوسف فى المبتوتة : يثبت إلى سنتين لأنها معتدة لم تقرّ بانقضاء العدّة ، ويحتمل أن تكون حاملا وصارت كالبالغة . ولهما أنه تعين لانقضاء عدتها جهة واحدة وهى الأشهر ، فإذا مضت حكم الشرع بانقضائها وهو أقوى من الإقرار لاحتمال الخلف فى الإقرار دونه ؛ وأما الرجعى ، قال أبو يوسف : يثبت إلى سبعة وعشرين شهرا لأنه يجعل واطئا فى آخر العدّة وهى ثلاثة أشهر ثم تأتى به لأكثر مدة الحمل وهى سنتان ؛ ولو ادعت الصغيرة الحبل فى العدّة فهى كالكبيرة فى الحكم لأنه ثبت بلوغها باقرارها (ولو قال لها : إن ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة بالولادة لم تطلق) وقالا : تطلق لقوله عليه الصلاة والسلام

وَإِنِ اعْـتَرَفَ بِالحَبَلِ تَطْلُقُ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهَا (سم) ، وَلَوْ قَالَ لِأَمَتِهِ : إِنْ كَانَ فِى بَطْنِكِ وَلَدٌ فَهُوَ مِنِّى فَشَهِدَتِ امْرَأَةٌ بِالوِلادَةِ فَهِىَ أُمُّ وَلَدِهِ :

« شهادة النساء جائزة فيما لايطلع عليه الرجال » فكانت شهادتها حجة فى الولادة ، فتكون حجة فيما يبتنى عليه وهو الطلاق . ولأبى حنيفة أنها ادعت على زوجها الحنث فلا يثبت إلا ببينة كاملة ، وشهادتها ضرورية فى الولادة فلا تتعدّى إلى الطلاق لأنه ينفكّ عنه : قال (وإن اعترف بالحبل تطلق بمجرّد قولها) وقالا : لابدّ من شهادة امرأة تشهد بالولادة لأنها ادعت فلابد من حجة . وله أنه أقرّ بالحبل فيكون إقرارا بالولادة لأنه يفضى إليه ، ولأنه أقرّ بكونها أمينة فيقبل قولها فى ردّ الأمانة . قال (ولو قال لأمته : إن كان فى بطنك ولد فهو منى فشهدت امرأة بالولادة فهى أمّ ولده) لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، وإنه يثبت بالقابلة إجماعا .

تمّ الجزء الثالث من « الاختيار لتعليل المختار »

ويليـــه :

الجزء الرابع ، وأوّله : باب النفقة

فهـــرس

الجزء الثالث من الاختيار لتعليل المختار



تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصلي الحنفي

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دقيقة

من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الرابع

مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فى الدِّينِ

[حديث شريف]



باب النفقة

وتجِبُ لِلزَّوْجَةِ عَلى زَوْجِها إذَا سَلَّمَتْ إلَيْهِ نَفْسَها فى مَنْزِلِهِ نَفَقَتُها وَكِسْوَتُها وَسُكْنَاهَا

بسم الله الرحمن الرحيم

باب النفقة

الأصل فى وجوبها قوله تعالى ـ أسكنوهنّ من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهنّ لتضيقوا عليهنّ ـ ثم قال ـ لينفق ذو سعة من سعته ـ وقرأ ابن مسعود رضى الله عنه ـ أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهنّ من وجدكم ـ وقراءته كروايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال تعالى ـ وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهن بالمعروف ـ وقال تعالى ـ الرجال قوّامون على النساء ـ ثم قال ـ وبما أنفقوا من أموالهم ـ وروى أبوحمزة الرقاشى عن عمه قال « كنت آخذ بزمام ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أوسط أيام التشريق إذ ودعه الناس فقال : اتقوا الله فى النساء » وذكر الحديث إلى أن قال « ولهن عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف » وقال عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبى سفيان « خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف » ولولا وجوبها عليه لما أمرها بذلك . وسبب وجوبها احتباسها عند الزوج إذا كان يتهيأ له الاستمتاع وطئا أو دواعيه أو التحصين لمائه بعد زوال النكاح لأنها لما صارت محبوسة عنده فى حقه عجزت عن الاكتساب والإنفاق على نفسها ، فلو لم تستحقّ النفقة عليه لماتت جوعا .

قال (وتجب للزوجة على زوجها إذا سلمت إليه نفسها فى منزله نفقتها وكسوتها وسكناها)

تُعْتَبَرُ بِقَدْرِ حالِهِ ، وَهُوَ مُقَدَّرٌ بِكِفايَتِها بِلا تَقْتِيرٍ وَلا إِسْرافٍ ، وَيُفْرَضُ لَهَا نَفَقَةُ كُلِّ شَهْرٍ وَتُسَلَّمُ إِلَيْها ، وَالكِسْوَةُ كُلَّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، وَيُفْرَضُ لَهَا نَفَقَةُ خادِمٍ واحِدٍ (س) :

لما مرّ من الدلائل (تعتبر بقدر حاله) لقوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله - كذا اختاره الكرخى ، واختار الخصاف الاعتبار بحالهما . فان كانا موسرين لها نفقة الموسر ، وإن كانا معسرين فنفقة المعسر ، وإن كانت موسرة وهو معسر فلها فوق نفقة المعسرة ، وإن كان بالعكس فدون نفقة الموسرة وإن كان أحدهما مفرطا فى اليسار والآخر مفرطا فى الإعسار يقضى عليه بنفقة الوسط ، والقول قوله فى إعساره فى حق النفقة لأنه منكر والبينة بينتها لأنها مدعية . قال (وهو مقدّر بكفايتها بلا تقتير ولا إسراف) لما تقدّم من حديث هند ، وليس فيها تقدير لازم لاختلاف ذلك باختلاف الأوقات والطباع والرخص والغلاء والوسط خبز البر والإدام بقدر كفايتها (ويفرض لها نفقة كل شهر وتسلم إليها) لأنه يتعذّر القضاء بها كل ساعة ، ويتعذّر لجميع المدة فقدّرناه بالشهر لأنه الوسط وهو أقرب الآجال (والكسوة كلّ ستة أشهر) لأنه يحتاج إليها فى كل ستة أشهر باختلاف الحرّ والبرد . وللزوج أن يلى الإنفاق بنفسه ، إلا أن يظهر عند القاضى أنه لاينفق عليها فيفرض لها كل شهر على ما بينا ، ويقدّر النفقة بقدر الغلاء والرخص فى كل وقت ، ولا يقدر بالدراهم والدنانير ؛ ولو صالحته من النفقة على ما لايكفيها كملها القاضى إن طلبت ذلك ، وإن كان الرجل صاحب مائدة لايفرض عليه النفقة ويفرض الكسوة . قال (ويفرض لها نفقة خادم واحد) وليس له أن يعطيها من خدمه من يخدمها بغير رضاها . وقال أبويوسف : يفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لداخل البيت والآخر لخارجه . ولهما أن الواحد يكفى لذلك فلا حاجة إلى اثنين حتى قيل لو كفاها بنفسه لم يلزمه نفقة خادم ؛ وقيل إن كانت من بنات الأشراف فلها نفقة خادمين أحدهما للخدمة والآخر للرسالة وأمور خارج البيت . وروى الحسن عن أبى حنيفة : إن كان الزوج معسرا لايفرض لها نفقة خادم أصلا ، وإن لم يكن لها خادم لايفرض لها نفقة خادم ، وكذا إذا كانت فقيرة وتخدم نفسها ، رواه الحسن عن أبى حنيفة ؛ وكسوة الصيف قميص ومقنعة وملحفة ؛ وفى الشتاء مع ذلك جبة وسراويل على قدر حاله ؛ وعلى الموسر درع سابورى وخمار إبريسم وملحفة كتان ، وتزاد فى الشتاء جبة ولحافا ، وإن طلبت فراشا تنام عليه لها ذلك ، لأن النوم على الأرض ربما يؤذيها ويمرضها ، وما تغطى به دفعا للحر والبرد ويختلف ذلك باختلاف العادات والبقاع ، ولخادمها قميص كرباس وإزار فى الصيف ، وفى الشتاء قميص وإزار وجبة وكساء وخفان ، فان امتنعت الخادمة عن الخدمة لانفقة لها ،

فإنْ نَشَزَتِ المَرأةُ فَلا نَفَقَةَ لَهَا ، وَإنْ مَنَعَتْ نَفْسَها حتّى يُوَفِّيها مَهْرَها فَلَها النَّفَقَةُ ، وَلَوْ كانَتْ كَبِيرَةً وَالزَّوْجُ صَغِيرٌ فَلَها النَّفَقَةُ ، وَبالعَكْسِ لا ، وَلَوْ كانا صَغِيرَيْنِ فَلا نَفَقَةَ لَهَا ؛ وَلَوْ حَجَّتْ أوْ حُبِسَتْ بِدَيْنٍ أوْ غَصَبَها غاصِبٌ فَذَهَبَ بِهَا فَلا نَفَقَةَ لَهَا ، وَإنْ حَجَّ مَعَها فَلَها نَفَقَةُ الحَضَرِ ؛ وَإنْ مَرِضَتْ فى مَنْزِلِه فَلَها النَّفَقَةُ ؛

لأنها مقابلة بالخدمة ، بخلاف الزوجة لأنها مقابلة بالحبس لاغير ؛ ولا تجبر المرأة على الطبخ والخبز إذا امتنعت ، ويأتيها بمن يخبز ويطبخ ، لأن الواجب عليه الطعام ، قالوا : وهذا إذا كانت لاتقدر على ذلك، أو كانت من بنات الأشراف ، وإن كانت تقدر وتخدم نفسها تجبر عليه لأنها متعنتة . قال (فان نشزت المرأة فلا نفقة لها) لما روى « أن فاطمة بنت قيس نشزت على أحمائها فنقلها عليه الصلاة والسلام إلى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى » ولأن الموجب للنفقة الاحتباس وقد زال ، بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين لأنه لايفوت الاحتباس وهو يقدر عليه كرها ، فان عادت إلى منزله عادت النفقة لعود الاحتباس (وإن منعت نفسها حتى يوفيها مهرها فلها النفقة) لأن لها الامتناع لتستوفى حقها ، فلو سقطت النفقة تتضرّر ، والضرر يجب إلحاقه بالزوج الظالم الممتنع عن إيفاء حقها ، ولأن المنع بسبب من جهته فصار كالعدم ، وسواء كان قبل الدخول أو بعده ، وقالا : إن كان بعد الدخول فلا نفقة لها لأنها سلمت المعوّض فليس لها أن تمنعه لقبض العوض كالبائع إذا سلم المبيع . ولأبى حنيفة أنها سلمت بعض المعوّض لأن المهر مقابل بجميع الوطئات على ما تقرر فى كتاب النكاح ، فالبائع إذا سلم بعض المبيع له حبس الباقى كذا هذا (ولو كانت كبيرة والزوج صغير فلها النفقة ، وبالعكس لا) أما الأوّل فلأنها سلمت نفسها والعجز من جهته فصار كالمجبوب والعنين ، وأما الثانى فالمرأة صغيرة لايستمتع بها لأن المراد من الاحتباس ما يكون وسيلة إلى المقصود من النكاح وأنه ممتنع بسبب منها فصار كالعدم (ولو كانا صغيرين فلا نفقة لها) لما مرّ ، ولو سكن دارا غصبا فامتنعت أن تسكن معه فليست بناشزة لأنها امتنعت بحق ؛ وإن كانت ساكنة فى دارها فمنعته من دخولها وقالت : حوّلنى إلى منزلك أو اكتر لى دارا فلها النفقة لما بينا . قال (ولو حجت أو حبست بدين أو غصبها غاصب فذهب بها فلا نفقة لها) لزوال الاحتباس لامن جهته . وعن أبى يوسف أن الحج الفرض لايسقط النفقة ذكره فى الأمالى لأنه عذر ، لكن تجب نفقة الحضر لأنها المستحقة فيعطيها نفقة شهر والباقى إذا رجعت (وإن حجّ معها فلها نفقة الحضر) لأنها كالمقيم فى منزله ولا يجب عليه الكراء (وإن مرضت فى منزله فلها النفقة) وكذلك إذا جاءت إليه مريضة لأن الاحتباس موجود فانه يستأنس بها وتحفظ متاعه ويستمتع بها لمسا وغيره

وَلِلأَمَةِ والمُدَبَّرَةِ وأُمِّ الوَلَدِ النَّفَقَةُ إنْ بَوَّأها مَوْلاها بَيْتَ الزَّوْجِ وَإلاَّ فَلا ؛ فانْ بَوَّأها ثُمَّ اسْتَخْدَمَها سَقَطَتْ ؛ وَمَنْ أعْسَرَ بالنَّفَقَةِ لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُما وَتُؤْمَرُ بالاسْتِدانَةِ ؛ وَإذَا قُضِيَ لَهَا بِنَفَقَةِ الإعْسارِ ثُمَّ أيْسَرَ تَمَّمَ لَهَا نَفَقَةَ المُوسِرِ ؛ وَإذَا مَضَتْ مُدَّةٌ وَلَمْ يُنْفِقْ عَلَيْها سَقَطَتْ ، إلاّ أنْ يَكُونَ قُضِيَ بِهَا أوْ صَالَحَتْهُ عَلَى مِقْدَارِها ؛

ومنع الوطء لعارض كالحيض والنفاس ، والقياس أن لانفقة لها إذا كان مرضا يمنع الجماع كالصغيرة . وعن أبي يوسف إن مرضت عنده لها النفقة لأنه صحّ التسليم ، ولو سلمت إليه مريضة لانفقة لها لأن التسليم ما صحّ ، وقوله مرضت فى منزله إشارة إليه وإذا طالبته بالنفقة قبل أن يحوّلها إلى منزله وهى بالغة فلها النفقة إذا لم يطالبها بالنقلة ، لأن النقلة حقه والنفقة حقها ، فلا يسقط حقها بتركه حقه ، فان طالبها بالنقلة فامتنعت فلا نفقة لها إلا أن يكون بحق على ما بينا . قال (وللأمة والمدبرة وأمّ الولد النفقة إن بوأها مولاها بيت الزوج) لوجود الاحتباس (وإلا فلا) لعدمه (فان بوأها ثم استخدمها سقطت) النفقة لفوات الاحتباس . قال (ومن أعسر بالنفقة لم يفرق بينهما وتؤمر بالاستدانة) لتحيل عليه لأن فى التفريق إبطال حقه وفى الاستدانة تأخير حقها والإبطال أضرّ فكان دفعه أولى ، فاذا فرض لها القاضى وأمرها بالاستدانة صارت دينا عليه فيتمكن من الإحالة عليه والرجوع فى تركته لو مات ، ولو استدانت بغير أمر القاضى تكون المطالبة عليها ولا يمكنها الإحالة عليه ولا ترجع فى تركته لأنها لاولاية لها عليه ، فلهذا قال : تؤمر بالاستدانة عليه ، ومعنى الاستدانة أن تشترى بالدين . قال (وإذا قضى لها بنفقة الإعسار ثم أيسر تمم لها نفقة الموسر) لأنها تختلف باختلاف الأحوال ، وما فرض تقدير لنفقة لم تجب بعد ، فاذا تبدّلت حاله لها المطالبة بقدرها ، وكذلك لو قضى بنفقة اليسار ثم أعسر فرض لها نفقة المعسر لما بينا . قال (وإذا مضت مدّة لم ينفق عليها سقطت إلا أن يكون قضى بها أو صالحته على مقدارها) فيقضى لها بنفقة ما مضى لأن النفقة لم تجب عوضا عن البضع ، لأن المهر وجب عوضا عنه ، والعقد الواحد لايوجب عوضين عن شيء واحد ولا عوضا عن الاستمتاع ، لأن الاستمتاع تصرّف فى ملكه ، والإنسان لايجب عليه شيء بالتصرّف فى ملكه ، فبقى وجوبه جزاء عن الاحتباس صلة ورزقا لاعوضا ، لأن الله تعالى سماه رزقا بقوله ـ وعلى المولود له رزقهنّ ـ والرزق اسم لما يذكر صلة ، والصلات لاتملك إلا بالتسليم حقيقة أو بقضاء القاضى كما فى الهبة أو بالتزامه بالتراضى ، لأنه لما لزمه بقضاء القاضى فلأن يلزمه بالتزامه كان أولى ، لأن ولايته على نفسه أقوى .

قالَ: فإنْ ماتَ أحَدُهُما بَعْدَ القَضَاءِ أوْ الاصْطِلاحِ قَبْلَ القَبْضِ سَقَطَتْ ، وَإنْ أسْلَفَهَا النَّفَقَةَ أوِ الكِسْوَةَ ثُمَّ ماتَ أحَدُهُما لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ؛ وَإذَا كانَ لِلْغائِبِ مالٌ حاضِرٌ فِي مَنْزِلِهِ أوْ وَدِيعَةٌ أوْ مُضَارَبَةٌ أوْ دَيْنٌ وَعَلِمَ القاضِي بِهِ وَبالنِّكاحِ ، أوِ اعْتَرَفَ بِهِما مَنِ المَالُ فِي يَدِهِ يُفْرَضُ فِيهِ نَفَقَةُ زَوْجَتِهِ وَوَالِدَيْهِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ ، وَهَذَا إذَا كانَ المَالُ مِنْ جِنْسِ النَّفَقَةِ وَيُحَلِّفُهَا أنَّهَا ما أخَذَتْهَا وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلاً بِهَا ؛ وَإنْ لَمْ يَعْلَمِ القاضِي بِذَلِكَ وَأنْكَرَ مَنْ فِي يَدِهِ المَالُ الزَّوْجِيَّةَ أوِ المَالَ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُها عَلَيْهِ ؛

قال (فان مات أحدهما بعد القضاء أو الاصطلاح قبل القبض سقطت) لما بينا أنها صلة ، والصلة تسقط بالموت كالهبة قبل القبض . قال (وإن أسلفها النفقة أو الكسوة ثم مات أحدهما لم يرجع بشيء) وقال محمد : يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج لأنها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس ، وقد بطل استحقاقها بالموت فيبطل من العوض بقدره . ولهما ما بينا أنها صلة ، وقد اتصل القبض بها فيبطل الرجوع بالموت كما فى الهبة ، ألا ترى أنها لو هلكت من غير استهلاك لايرجع بشيء بالإجماع . قال (وإذا كان للغائب مال حاضر فى منزله أو وديعة أو مضاربة أو دين علم القاضى به وبالنكاح أو اعترف بهما من المال فى يده يفرض فيه نفقة زوجته ووالديه وولده الصغير) لأن الذى فى يده المال أو عليه لما أقرّ بالزوجية فقد أقرّ بثبوت حقها فيه ، لأن لها أن تأخذ من مال زوجها حقا من غير رضاه ، وإقرار صاحب اليد فى حقّ نفسه صحيح فيقضى القاضى عليه باعترافه ، فيقع القضاء عليه أوّلا ثم يسرى إلى الغائب ، بخلاف ما إذا جحد أحد الأمرين لأنه إن جحد الزوجية لاتسمع البينة عليه لأنه ليس بخصم فى الزوجية ، وإن جحد المال فهى ليست خصما فى إثباته ، وعلم القاضى حجة يجوز له القضاء به فى محلّ ولايته على ما عرف . ونفقة الوالدين والولد الصغير كنفقة الزوجة لأنها تجب بغير قضاء ، بخلاف غيرهم من الأقارب حيث لاتجب نفقتهم إلا بالقضاء لما أن وجوبها مختلف فيه . قال (وهذا إذا كان المال من جنس النفقة) كالدراهم والدنانير والطعام والكسوة لأن لها أن تأخذه بغير رضاه ؛ أما إذا كان من خلاف جنسها لايفرض فيه النفقة لأنه يحتاج إلى بيعه ولا بيع على الغائب . أما عند أبي حنيفة فلأنه لايباع على الحاضر فكذا على الغائب . وأما عندهما فلأنه إنما يباع على الحاضر لظهور ظلمه بامتناعه ولا كذلك فى الغائب . قال (ويحلفها أنها ما أخذتها ويأخذ منها كفيلا بها) نظرا للغائب واحتياطا له لاحتمال حضوره فيقيم البينة على الطلاق أو على أنه أسلفها (وإن لم يعلم القاضى بذلك وأنكر من فى يده المال الزوجية أو المال لم تقبل بينتها عليه) لما بينا ، وإن لم يكن له مال ، وأرادت أن تقيم البينة على الزوجية ليفرض لها

وَعَلَيْهِ أنْ يُسْكِنَهَا دَارًا مُفْرَدَةً لَيْسَ فِيهَا أحَدٌ مِنْ أهْلِهِ . وَلَهُ أنْ يَمْنَعَ أهْلَهَا وَوَلَدَهَا مِنَ غَيْرِهِ الدُّخُولَ عَلَيْهَا . وَلَا يَمْنَعُهُمْ كَلَامَهَا وَالنَّظَرَ إلَيْهَا. وَلَا يَمْنَعُهُمَا مِنَ الدُّخُولِ إلَيْهَا كُلَّ جُمُعَةٍ وَغَيْرَهُمْ مِنَ الأقَارِبِ كُلَّ سَنَةٍ.

وَلِلْمُطَلَّقَةِ النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى فى عِدَّتِهَا بائنا كانَ أوْ رَجْعِيًّا ،

القاضى النفقة ويأمرها بالاستدانة عليه لاتقبل لأنه قضاء على الغائب . وقال زفر : تقبل ويقضى بالنفقة ، واستحسنوا ذلك للحاجة . وعليه القضاة اليوم وهو مجتهد فيه فينفذ . قال (وعليه أن يسكنها دارا مفردة ليس فيها أحد من أهله) أما وجوب السكنى فلأنها من الحوائج الأصلية وهى من الكفاية فتجب كالطعام والشراب ، وقد قال تعالى ـ أسكنوهن ـ فكان واجبا حقا لها ، وتكون بين قوم صالحين ليعينوها على مصالح دنياها ويمنعونه من ظلمها لو أراد ، وليس له أن يشرك معها غيرها ، لأنه قد لاتأمن على متاعها ولا تتخلى لاستمتاعها إلا أن تختار ذلك لأنها رضيت بنقص حقها ؛ ولو كان فى الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضرتها أو مع أحد من أهله إن أخلى لها بيتا منها وجعل له مرافق وغلقا (١) على حدة ليس لها أن تطلب بيتا آخر ، وإن لم يكن إلا بيت واحد فلها ذلك . قال (وله أن يمنع أهلها وولدها من غيره الدخول عليها) لأن المنزل ملكه (ولا يمنعهم كلامها والنظر إليها) أى وقت شاء لما فيه من قطيعة الرحم ولا ضرر فيه إنما الضرر فى المقام . وقيل لايمنعها من الخروج إلى الوالدين ، وقيل يمنع (ولا يمنعهما من الدخول إليها كل جمعة وغيرهم من الأقارب كل سنة) وهو المختار .

فصــــل

(وللمطلقة النفقة والسكنى فى عدتها بائنا كان أو رجعيا) أما الرجعى فلما تقدم أن النكاح قائم بينهما حتى يحل له الوطء وغيره . وأما البائن فلأنها محبوسة فى حقه ، وهو صيانة الولد بحفظ الماء عن الاختلاط ، والحبس لحقه موجب للنفقة كما تقدم . وأما حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت : طلقنى زوجى ثلاثا فلم يفرض لى رسول الله سكنى ولا نفقة رده عمر وزيد بن ثابت وجابر وعائشة ، قال عمر : لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندرى أصدقت أم كذبت ، حفظت أم نسيت ، سمعت رسول الله عليه الصلاة والسلام يقول « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت فى العدة » ويروى « المبتوتة لها النفقة والسكنى » ولأنه ورد مخالفا قوله تعالى ـ أسكنوهن ـ ومخالفا للإجماع فى السكنى ، فان ادعت أنها حامل أنفق عليها إلى سنتين منذ طلقها احتياطا للعدة ، فان قالت : كنت

---

(١) قال فى مختار الصحاح : الغلق بفتحتين : المغلاق ، وهو ما يغلق به الباب .

وَلا نَفَقَةَ لِلْمُتَوَفَّى عَنْها زَوْجُها ؛ وَكُلُّ فُرْقَةٍ جاءَتْ مِنْ قِبَلِ المَرْأَةِ بِمَعْصِيَةٍ كالرِّدَّةِ وَتَقْبِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ فَلا نَفَقَةَ لَها ؛ وَإِنْ جاءَتْ بِغَيْرِ مَعْصِيَةٍ كَخِيارِ العِتْقِ وَالبُلُوغِ وَعَدَمِ الكَفاءَةِ فَلَها النَّفَقَةُ ، وَإِنْ كانَتْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ فَلَها النَّفَقَةُ بِكُلِّ حالٍ ، وإِنْ طَلَّقَها ثَلاثاً ثُمَّ ارْتَدَّتْ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ ، وَإِنْ مَكَّنَتِ ابْنَ زَوْجِها لَمْ تَسْقُطْ .

أتوهم أنى حامل ولم أحض إلى هذه الغاية : يعنى أنها ممتدّة الطهر وطلبت النفقة ، فلها النفقة ما لم تدخل فى حدّ الإياس لأنها معتدّة ، فاذا دخلت فى حدّ الإياس استأنفت العدة ثلاثة أشهر . قال(ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لأنها محبوسة لحقّ الشرع لاللزوج فلا يجب عليه ، ألا يرى أنه لايشترط فيها الحيض الذى تعرف به براءة الرحم والحمل الذى هو حقه ، ولأن المال انتقل إلى الورثة فلا تجب فى مالهم . قال (وكلّ فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية كالردّة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها ، وإن جاءت بغير معصية كخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة فلها النفقة ، وإن كانت) الفرقة (من جهة الزوج فلها النفقة بكل حال) لأن النفقة صلة على مامرّ ، وبعصيان الزوج لاتحرم من النفقة وتحرم بعصيانها مجازاة وعقوبة ، ولأنها حبست نفسها بغير حقّ فصارت كالناشزة ، بخلاف ما إذا كان بغير معصية لأنها حبست نفسها بحقّ وذلك لايسقط النفقة لما تقدم وكذلك إن وقعت الفرقة باللعان أو الإيلاء أو بالجبّ والعنة بعد الدخول أو الخلوة لها النفقة لما بينا ؛ وإذا طلقت الأمة المبوأة لها نفقة العدّة ، فإن استخدمها المولى سقطت ، وكلّ امرأة لانفقة لها يوم الطلاق لانفقة لها فى العدّة كالمعتدّة من نكاح فاسد ؛ والأمة إذا لم يبوئها المولى بيتا إلا الناشزة لأنها محبوسة فى حقه ؛ والمطلقة إذا لم تطلب نفقتها حتى انقضت عدتها سقطت كالمنكوحة (وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدّت سقطت النفقة) لأنها صارت محبوسة فى حقّ الشرع ، وهذا إذا خرجت من بيت الزوج للحبس ، ومالم تخرج من بيته فلها النفقة (وإن مكنت ابن زوجها لم تسقط) لأن الفرقة تثبت بالطلاق الثلاث ولا أثر للتمكين فى ذلك وهى معتدّة محبوسة فى حقه فتجب النفقة ؛ ولو كان الطلاق رجعيا فلا نفقة لها لأن الفرقة جاءت من قبلها بالتمكين وهو معصية فلا تستحقّ النفقة لما بينا ؛ ولو صالح امرأته على نفقة العدّة إن كانت بالشهور جاز لأنها معلومة ، وإن كانت بالحيض لايجوز لأنها مجهولة المدّة فتكون النفقة مجهولة .

فصـــل

وَنَفَقَةُ الأوْلادِ الصِّغارِ عَلَى الأبِ إِذَا كانُوا فُقَرَاءَ ، وَلَيْسَ عَلَى الأُمِّ إرْضَاعُ الصَّبِيِّ إلاَّ إِذَا تَعَيَّنَتْ ، فَيَجِبُ عَلَيْها ، وَيَسْتأجِرُ الأبُ مَنْ تُرْضِعُهُ عِنْدَها ، فان اسْتأجَرَ زَوْجَتَهُ أوْ مُعْتَدَّتَهُ لِتُرْضِعَ وَلَدَها لَمْ يَجُزْ ، وَبَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ هِيَ أوْلى مِنَ الأجْنَبِيَّةِ إلاَّ أنْ تَطْلُبَ زِيادَةَ أُجْرَةٍ ؛ وَنَفَقَةُ الآباءِ وَالأجْدَادِ إِذَا كانُوا فُقَرَاءَ عَلَى الأوْلادِ الذُّكُورِ وَالإناثِ ؛

فصـــل

(ونفقة الأولاد الصغار على الأب إذا كانوا فقراء) لقوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف ـ (وليس على الأمّ إرضاع الصبيّ) لأن أجرة الإرضاع من نفقته وهى على الأب . قال (إلا إذا تعينت) بأن لم يجد غيرها أو لايأخذ من لبن غيرها (فيجب عليها) حينئذ صيانة للصغير عن الهلاك . قال (ويستأجر الأب من ترضعه عندها) لأن الأجرة عليه والحضانة لها (فان استأجر زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز) لأن الإرضاع مستحقّ عليها بالأصل ، لقوله تعالى ـ والوالدات يرضعن أولادهنّ ـ فاذا امتنعت حملناه على العجز فجعلناه عذرا ، فاذا أقدمت عليه بالأجر علمنا قدرتها فكان واجبا عليها فلا يحلّ لها أخذ الأجر على فعل وجب عليها ، ولا خلاف فى المعتدة الرجعية . وأما المبتوتة فكذلك فى رواية لأن النكاح قائم من وجه ؛ وقيل يجوز لأن النكاح قد زال بينهما فصارت أجنبية . وذكر الخصاف إذا لم يكن للصبيّ ولا لأبيه مال أجبرت الأمّ على الإرضاع وهو الصحيح لأنها ذات يسار فى اللبن ، فان طلبت من القاضى أن يقضى لها بنفقة الإرضاع حتى ترجع بها على الأب إذا أيسر فعل كما لوكان معسرا وهى موسرة تجبر على الإنفاق على الصغير ثم ترجع على الأب إذا أيسر ، وإن كان للصبيّ مال روى عن محمد أنه يفرض لها نفقة الإرضاع فى مال الصبيّ . قال (وبعد انقضاء العدّة هى أولى من الأجنبية) فانها أشفق وفى ذلك نظر للصغير (إلا أن تطلب زيادة أجرة) لما فيه من ضرر الأب ، وقيل فى قوله تعالى ـ لاتضارّ والدة بولدها ـ هو أن ترضى بأجرة المثل فلا يدفع إليها ـ ولا مولود له بولده ـ أن يؤخذ منه أكثر من أجر المثل . قال (ونفقة الآباء والأجداد إذا كانوا فقراء على الأولاد الذكوروالإناث) قال تعالى ـ ولا تقل لهما أفّ ـ نهاه عن الإضرار بهما بهذا القدر وترك الإنفاق عليهما عند حاجتهما أكثر إضرارا من ذلك . وقال عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » وقال « إن أطيب ما أكل الرجل

ولا تجِبُ النَّفَقَةُ مَع اختِلافِ الدِّينِ إلاَّ لِلزَّوْجَةِ وقَرابَةِ الوِلادِ أعْلَى وأسْفَلُ ، ونَفَقَةُ ذِي الرَّحِمِ سِوى الوَالِدَيْنِ والولَدِ تجِبُ عَلَى قَدْرِ الميراثِ ، وإنَّمَا تجِبُ إذا كان فَقيرًا بِهِ زمانَةٌ لايَقْدِرُ عَلَى الكَسْبِ ، أوْ تَكُونُ أنْثَى فَقيرَةً ، وكذا مَنْ لا يُحْسِنُ الكَسْبَ لِخُرْقِهِ أوْ لِكَوْنِهِ مِن البُيوتاتِ ، أوْ طالِبَ عِلْمٍ ،

من كسبه ، وإنّ ولده من كسبه ، فكلوا من كسب أولادكم » فاذا كان مال الابن يضاف إلى الأب بأنه كسبه صار غنيا به فتجب نفقته فيه ، وقال تعالى ـ ووصينا الإنسان بوالديه حسنا ـ أى يحسن إليهما ، وليس إحسانا تركهما محتاجين مع قدرته على دفع حاجتهما ، وقال تعالى فى حق الوالدين الكافرين ـ وصاحبهما فى الدنيا معروفا ـ وليس من المعروف تركهما جائعين وهو قادر على إشباعهما ، وهو على الذكور والإناث على السواء فى رواية ، وهو المختار لاستوائهما فى العلة والخطاب ، وقيل على قدر الإرث لقوله تعالى ـ وعلى الوارث مثل ذلك ـ ويشترط فقرهم لأن إيجاب نفقة الغنىّ فى ماله أولى . رجل معسر له أولاد صغار محاويج وله ابن كبير موسر يجبر على نفقتهم . قال (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة وقرابة الولاد أعلى وأسفل) لإطلاق النصوص ، ولأن نفقة الزوجة جزاء الاحتباس كما مرّ أو بالعقد كالمهر ، وذلك لايختلف باختلاف الدين ، ولهذا تجب مع يسارها ؛ وأما قرابة الولاد فلمكان الجزئية ، إذ الجزئية فى معنى النفس ، ونفقة النفس تجب مع الكفر فكذا الجزء ، وهذا إذا كانوا ذمة ، فان كانوا حربا لاتجب وإن كانوا مستأمنين لقوله تعالى ـ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين ـ الآية ، بخلاف غيرهم من ذوى الأرحام ، لأن الإرث منقطع فيما بينهم ولابدّ من اعتباره بالنصّ. قال (ونفقة ذى الرحم سوى الوالدين والولد تجب على قدر الميراث) كالإخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، ولا تجب لرحم ليس بمحرم ، والأصل فيه قوله تعالى ـ وعلى الوارث مثل ذلك ـ وفى قراءة ابن مسعود ـ وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ـ فذكره الوارث إشارة إلى اعتبار قدر الميراث وليكون الغرم بالغنم (وإنما تجب إذا كان فقيرا به زمانة لايقدر على الكسب) أما الفقر فلما مرّ ، وأما العجز عن الكسب فلأنه يكون غنيا بكسبه ، ولا كذلك الوالدان حيث تجب نفقتهما مع القدرة على الكسب لما يلحقهما فيه من التعب والنصب ، والولد مأمور بدفع الضرر عنهما ، فيجب عليه أن يدفع عنهما ضرر الاكتساب وذلك بالإنفاق عليهما . قال (أو تكون أنثى فقيرة) لأنه أمارة الحاجة (وكذا من لايحسن الكسب لخرقه (١) أو لكونه من البيوتات أو طالب علم) لأن العجز عن الاكتساب فى حقّ هؤلاء ثابت ، لأن شرط وجوب نفقة الكبير العجز

(١) الخرق بالخاء المعجمة والقاف : هو عدم معرفة عمل اليد اهـ .

وَنَفَقَةُ زَوْجَةِ الأبِ عَلَى ابْنِهِ ، وَنَفَقَةُ زَوْجَةِ الابْنِ عَلَى أبِيهِ إنْ كَانَ صَغِيرًا فَقِيرًا أوْ زَمِنًا ، وَلا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى فَقِيرٍ إلاَّ لِلزَّوْجَةِ وَالوَلَدِ الصَّغِيرِ ، وَالمُعْتَبَرُ الغَنِيّ المُحَرِّمُ لِلصَّدَقَةِ ؛

عن الكسب حقيقة كالزمن والأعمى ونحوهما ، أومعنى كمن به خرق ونحوه (ونفقة زوجة الأب على ابنه) رواه هشام عن أبي يوسف (ونفقة زوجة الابن على أبيه إن كان صغيرا فقيرا أو زمنا) لأنه من كفاية الصغير . وذكر فى المبسوط لايجبر الأب على نفقة زوجة الابن ، ويجب على الابن نفقة خادم الأب إذا احتاج إليه لأن خدمة الأب مستحقة على الابن فكذا نفقة من يخدمه ولا كذلك زوجة الابن . قال (ولا تجب النفقة على فقير إلا للزوجة والولد الصغير) لقوله تعالى ـ ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله . وقال ـ وعلى المولود له رزقهنّ ـ ولأن نفقة الزوجة مجازاة وذلك يجب مع الفقر ، ولا تجب لغيرهم مع الفقر لأنها صلة ، فلو وجبت للفقير على الفقير لم يكن إيجابها عليه أولى من إيجابها له (والمعتبر الغنى المحرّم للصدقة) هو المختار . وعن أبي يوسف أنه قدره بالنصاب . وعن محمد إذا فضل عن نفقة شهر له ولعياله يجب عليه نفقة أقاربه وإن لم يكن له شيء ويكتسب كلّ يوم درهما يكفيه أربعة دوانيق فانه ينفق الفضل على أقربائه ، ومن له مسكن وخادم وهو محتاج تحلّ له الصدقة وتجب نفقته على أقاربه ، فإن كان فى مسكنه فضل يكفيه بعضه يؤمر ببيع البعض وينفق على نفسه ، وكذا إذا كانت له دابة نفيسة يؤمر ببيعها ويشترى الأوكس وينفق الفضل ؛ ومن كان يأكل من الناس تسقط نفقته عن القريب ، وإن أعطوه قدر نصف كفايته يسقط نصف النفقة . وقال أبو يوسف : إذا كان الابن فقيرا كسوبا والأب زمن شاركه فى القوت بالمعروف ، ومن لم يقدر على الكسب للزمانة أو كان مقعدا يتكفف الناس فنفقته ونفقة ولده فى بيت المال ؛ ولو كان الأب معسرا والأم موسرة تؤمر الأمّ بالنفقة على الولد ثم ترجع على الأب إذا أيسر ؛ وكذلك إذا كان للأب المعسر أخ موسر يؤمر بالإنفاق على الصغير ثم يرجع على الأب ، وكذلك المرأة المعسرة إذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر أو أخ موسر فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن أو الأخ بالإنفاق عليها وترجع على زوجها إذا أيسر . ويحبس الابن أو الأخ إذا امتنع لأن هذا من المعروف ، وإذا كان للفقير أب غنيّ وابن غنيّ فالنفقة على الابن لأن شبهته فى مال الابن أكثر ، قال عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » ويعتبر فى نفقة قرابة الولاد الأقرب فالأقرب دون الإرث ، لأن الله أوجب النفقة على المولود له وأنه مشتقّ من الولاد وهو الجزئية والبعضية باعتبار التولد والتفرّع عنه ، وفى نفقة ذى الرحم المحرم يعتبر كونه أهل الإرث ، ويجب بقدر الميراث عند الاجتماع لأنه تعالى

وَإِذَا بَاعَ الأَبُ مَتَاعَ ابْنِهِ فِى نَفَقَتِهِ جَازَ (سم) ، وَلَوْ أَنْفَقَ مِنْ مَالٍ لَهُ فِى يَدِهِ جَازَ ، وَإِذَا قَضَى القَاضِى بِالنَّفَقَةِ ثُمَّ مَضَتْ مُدَّةٌ سَقَطَتْ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ القَاضِى أَمَرَ بِالاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ ، وَعَلَى المَوْلَى أَنْ يُنْفِقَ عَلَى رَقِيقِهِ ، فَانِ امْتَنَعَ اكْتَسَبُوا وَأَنْفَقُوا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ كَسْبٌ أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِهِمْ ،

أوجبها باسم الوراثة . فقير له ابن وبنت فنفقته عليهما نصفان ، ولو كان له بنت وأخ فنفقته على بنته لأنها أقرب . له بنت وابن ابن موسران فنفقته على البنت لأنها أقرب ، ولو كان له بنت بنت وابن بنت وأخ موسرون فنفقته على أولاد أولاده دون الأخ لما بينا . فقير له أخ وأخت لأب وأمّ فالنفقة عليهما بقدر ميراثهما ، ولوكان له أخت وعمّ فعليهما نصفان ، ولوكان له أمّ وجدّ فعليهما أثلاثا . وروى الحسن عن أبى حنيفة كلها على الجدّ ، ولوكان له أمّ وجدّ وأخ فالثلث على الأم والباقى على الجدّ ، وعندهما الباقى على الأخ والجدّ نصفان . له عمّ وخال النفقة على العمّ . له خال وابن عمّ النفقة على الخال والميراث لابن العمّ ، وفى العمة والخالة ثلثان وثلث . قال (وإذا باع الأب متاع ابنه فى نفقته جاز) وقالا : لايجوز ، وفى العقار لايجوز بالإجماع (ولو أنفق من مال له فى يده جاز) بالإجماع لأنه ظفر بجنس حقه فله أن يأخذه لأن نفقته واجبة قبل القضاء لما بينا والأمّ فى هذا كالأب . لهما أن بالبلوغ انقطعت ولايته عنه وعن ماله حتى لايملك ذلك فى حضرته ولا فى دين غير النفقة وصار كالأمّ . وله وهو الاستحسان أن للأب أن يحفظ مال ابنه الغائب كالوصىّ ، وبل أولى لأنه أوفر شفقة وبيع النقلى من باب الحفظ ، فاذا باعه فالثمن من جنس حقه وهو نفقته فيأخذ منه حقه ، ولا كذلك العقار فانه محفوظ بنفسه وبخلاف الأم وغيرها من الأقارب لأنه لاولاية لهم حال صغره ، ولا ولاية الحفظ حالة الغيبة مع الكبر فافترقا . قال (وإذا قضى القاضى بالنفقة ثم مضت مدّة سقطت) لأنها إنما وجبت دفعا للحاجة وقد اندفعت ، بخلاف الزوجة إذا قضى لها لأنها وجبت مع اليسار لالدفع الحاجة فلا تسقط بحصول الاستغناء قال (إلا أن يكون القاضى أمر بالاستدانة عليه) لأن ولاية القاضى عامة ، فكأن الغائب أمره بذلك فتصير دينا فى ذمته فلا تسقط . قال (وعلى المولى أن ينفق على رقيقه) لقوله عليه الصلاة والسلام فى حقهم « أطعموهم مما تأكلون ، وألبسوهم مما تلبسون ، ولا تعذّبوا عباد الله » ولأنهم مشغولون بخدمته محبوسون فى ملكهم فيجب عليهم الإنفاق عليهم لئلا يهلكوا جوعا (فان امتنع اكتسبوا وأنفقوا) لأن فيه رعاية للجانبين : جانبه ببقاء ملكه، وجانبهم بدفع حاجتهم (وإن لم يكن لهم كسب) كالزمن والأعمى والجارية المستحسنة التى لاتؤجر (أجبر على بيعهم) لأن الرقيق من أهل الاستحقاق وفى بيعهم إيفاء حقهم وإيفاء حقّ المولى بنقله إلى الخلف ،

وَسائِرُ الحَيَوَاناتِ يُجْبَرُ فيما بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعالى .

فصل فى الحضانة

وَإِذَا اخْتَصَمَ الزَّوْجانِ فى الوَلَدِ قَبْلَ الفُرْقَةِ أَوْ بَعْدَها فالأُمُّ أَحَقُّ ، ثُمَّ أُمُّها ثُمَّ أُمّ الأَبِ ثُمَّ الأُخْتُ لأَبَوَيْنِ ثُمَّ لأُمٍّ

ولا يلزم على هذا الإعسار بنفقة الزوجة ، لأن نفقتها تصير دينا عليه فتتمكن من مطالبته وحبسه ، ولا دين للعبد على مولاه ، ولأنه يفوت ملكه فى النكاح لا إلى خلف ، وههنا يفوت إلى الثمن ، على أن البيع هنا يقع باختياره وعقده والفسخ لابفعله . قال (وسائر الحيوانات يجبر فيما بينه وبين الله تعالى) لما فيه من إضاعة المال وتعذيب الحيوان ، وقد ورد النهى عنهما ، وليست من أهل الاستحقاق ليقضى لها بجبر المولى على نفقتها أو بيعها .

فصل فى الحضانة

وهى من الحضن ، وهو مادون الإبط إلى الكشح ، وحضنا الشىء : جانباه ، وحضن الطائر بيضه يحضنه : إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه ، فكأن المربى للولد يتخذه فى حضنه وإلى جنبه ، ولما كان الصغير عاجزا عن النظر فى مصالح نفسه جعل الله تعالى ذلك إلى من يلى عليهم ، ففوّض الولاية فى المال والعقود إلى الرجال ، لأنهم بذلك أقوم وعليه أقدر ، وفوّض التربية إلى النساء لأنهنّ أشفق وأحنى وأقدر على التربية من الرجال وأقوى . قال (وإذا اختصم الزوجان فى الولد قبل الفرقة أو بعدها فالأمّ أحقّ) لما روى « أن امرأة أتت رسول الله عليه الصلاة والسلام فقالت : يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حواء ، وثديى له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينتزعه منى ، فقال عليه الصلاة والسلام : أنت أحقّ به مالم تنكحى » . وروى سعيد بن المسيب أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه طلق زوجته أمّ ابنه عاصم ، فتنازعا وارتفعا إلى أبى بكر الصدّيق رضى الله عنه ، فقال له أبو بكر : ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر ، ودفعه إليها والصحابة حاضرون متكاثرون ، ولأنها أقوم بالتربية وأقدر عليها من الأب فكان الدفع إليها أنظر للصبىّ ، وكلّ من له حضانة لايدفع إليه الولد ما لم يطلبه فعساه يعجز عنه ، بخلاف الأب إذا امتنع عن أخذه بعد الاستغناء عن الحضانة حيث يجبر على أخذه إذا امتنع ، لأن الصيانة عليه . قال (ثم أمها ثم أمّ الأب ثم الأخت لأبوين ثم لأم

ثُمَّ لِأَب ، ثُمَّ الخالاتُ كَذَلِكَ ، ثُمَّ العَمَّاتُ كَذَلِكَ أَيْضًا ، وَبَنَاتُ الأُخْتِ أَوْلَى مِنْ بَنَاتِ الأَخِ ، وَهُنَّ أَوْلَى مِنَ العَمَّاتِ ، وَمَنْ لَهَا الحَضَانَةُ إِذَا تَزَوَّجَتْ بِأَجْنَبِيٍّ سَقَطَ حَقُّهَا ، فَإِنْ فَارَقَتْهُ عَادَ حَقُّهَا ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المَرْأَةِ فِى نَفْىِ الزَّوْجِ ، وَيَكُونُ الغُلَامُ عِنْدَهُنَّ حَتَّى يَسْتَغْنِىَ عَنِ الخِدْمَةِ ، وَتَكُونُ الجَارِيَةُ عِنْدَ الأُمِّ وَالجَدَّةِ حَتَّى تَحِيضَ وَعِنْدَ غَيْرِهِمَا حَتَّى تَسْتَغْنِىَ ،

ثم لأب ، ثم الخالات كذلك ، ثم العمات كذلك أيضا ، وبنات الأخت أولى من بنات الأخ ، وهنّ أولى من العمات) والأصل فى ذلك أن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات لما قدمناه ، فكانت جهة الأم مقدمة على جهة الأب ، ولأن الجدّات أقرب من الأخوات ، والأخوات أقرب من الخالات والعمات . وروى محمد عن أبى حنيفة أن الخالة مقدمة على الأخت لأب ، لأن الخالة بمنزلة الأمّ ، قال عليه الصلاة والسلام « الخالة والدة » والخالات مساويات للعمات فى القرب ، وإنما تقدّم الخالات لأن قرابتهنّ من جهة الأم ، وتقدم من كانت لأب وأمّ لأنها تدلى بجهتين فتكون أولى ثم من الأم ثم من الأب ترجيحا لقرابة الأمّ ، ولا حقّ لمن لهنّ رحم غير محرم كبنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات قال (ومن لها الحضانة إذا تزوجت بأجنبي سقط حقها) لقوله عليه الصلاة والسلام « أنت أحقّ به ما لم تنكحى » وفى رواية « ما لم تتزوّجى » وفى حديث أبى بكر « أمه أولى به ما لم يشبّ أو تتزوّج » ولأن الصبىّ يلحقه من زوج أمه جفاء فيسقط حقها للمضرّة ، لأن حقها إنما يثبت فى الحضانة لشفقتها نظرا له ، فاذا زالت زال ، بخلاف ما إذا تزوّجت بذى رحم محرم من الصبىّ حيث لاتسقط لشفقته عليه ، كما إذا تزوّجت الأمّ بعمه والجدّة بالجدّ لأنه لايلحقه جفاء من جدّه وعمه . قال (فان فارقته عاد حقها) لأن المانع قد زال (والقول قول المرأة فى نفى الزوج) لأنها تنكر بطلان حقها فى الحضانة . قال (ويكون الغلام عندهنّ حتى يستغنى عن الخدمة) فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجى وحده ، وقدّره أبوبكر الرازى بتسع سنين ، والخصاف بسبع اعتبارا للغالب ، وإليه الإشارة بقول الصدّيق رضى الله عنه : هى أحقّ به حتى يشبّ ، ولأنه إذا استغنى يحتاج إلى التأدّب بآداب الرجال والتخلق بأخلاقهم وتعليم القرآن والعلم والحرف ، والأب على ذلك أقدر فكان أولى وأجدر . قال (وتكون الجارية عند الأمّ والجدّة حتى تحيض وعند غيرهما حتى تستغنى) وقيل حتى تشتهى ، لأن الجارية بعد الاستغناء تحتاج إلى التأدّب بآداب النساء وتعلم أشغالهنّ ، والأمّ أقدر على ذلك ، فاذا بلغت احتاجت إلى الحفظ والصيانة ، والأب على ذلك أقدر ؛ وأما غير الأم والجدّة فلأنها لاتقدر على استخدامها فلا يحصل التأدّب ، ولا كذلك الأمّ والجدّة . وعن محمد إذا بلغت حدّا

وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ امْرَأَةٌ أَخَذَهُ الرِّجَالُ ، وَأَوْلاهُمْ أَقْرَبُهُمْ تَعْصِيبا ، وَلا تُدْفَعُ الصَّبِيَّةُ إلى غَيْرِ مَحْرَمٍ ، وَلا إلى مَحْرَمٍ ماجِنٍ فاسِقٍ ؛ وَإِذَا اجْتَمَعَ مُسْتَحِقُّو الحَضَانَةِ فى دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ فأوْرَعُهُمْ أَوْلَى ثُمَّ أَكْبَرُهُمْ ، وَلا حَقَّ لِلأَمَةِ وأُمِّ الوَلَدِ فى الحَضَانَةِ ؛ وَالذِّمِّيَّةُ أَحَقُّ بِوَلَدِها المُسْلِمِ ما لَمْ يُخَفْ عَلَيْهِ الكُفْرُ ؛ وَلَيْسَ لِلأَبِ أَنْ يَخْرُجَ بِوَلَدِهِ مِنْ بَلَدِهِ حَتَّى يَبْلُغَ حَدَّ الاسْتِغْنَاءِ ، وَلَيْسَ لِلأُمِّ ذلكَ إلاَّ أَنْ تُخْرِجَهُ إلى وَطَنِها وَقَدْ وَقَعَ العَقْدُ فِيهِ ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ تَزَوَّجَها فى دَارِ الحَرْبِ وَهُوَ وَطَنُها .

تشتهى يأخذها الأب من الأم للحاجة إلى الحفظ . وسئل محمد : إذا اجتمع النساء ولهنّ أزواج ؟ قال : يضعه القاضى حيث شاء لأنه لاحقّ لهنّ كمن لاقرابة له . قال (وإذا لم يكن للصغير امرأة أخذه الرجال) صونا له (وأولاهم أقربهم تعصيبا) لأن الولاية عليه بالقرب ، وكذلك إذا استغنى عن الحضانة ، فالأولى بالحفظ أقربهم تعصيبا . قال (ولا تدفع الصبية إلى غير محرم) كابن العمّ ومولى العتاقة خوفا من الوقوع فى المعصية (ولا إلى محرم ماجن فاسق) لأنه لايؤمن فسقه فان لم يكن لها إلا ابن عمّ فان شاء القاضى ضمها إليه إن كان أصلح ، وإلا وضعها عند أمينة ؛ ولو كان الأخ مخوفا عليها يضعها القاضى عند امرأة ثقة . الثيب المأمونة لها حقّ التفرّد بالسكنى ، فان لم تكن مأمونة فالأب يضمها إليه ، وليس للبكر حقّ التفرّد ، فان دخلت فى السنّ وكان لها رأى فلها أن تنفرد . قال (وإذا اجتمع مستحقو الحضانة فى درجة واحدة فأورعهم أولى ثم أكبرهم ، ولا حقّ للأمة وأمّ الولد فى الحضانة) لأنها من باب الولاية وليستا من أهلها ، فاذا أعتقتا فهما كالحرّة (والذمية أحقّ بولدها المسلم ما لم يخف عليه الكفر) لأن النظر له فى حضانتها قبل ذلك وبعده عليه فيه الضرر . قال (وليس للأب أن يخرج بولده من بلده حتى يبلغ حدّ الاستغناء) لما فيه من إبطال حقّ الأمّ من الحضانة (وليس للأم ذلك إلا أن تخرجه إلى وطنها وقد وقع العقد فيه) لأن التزوّج فيه دليل المقام فيه ظاهرا فقد التزم المقام فى بلدها ، وإنما لزمها اتباعه بحكم الزوجية ، فاذا زالت الزوجية جاز لها أن تعود إليه لأنه رضى بذلك (إلا أن يكون تزوّجها فى دار الحرب وهو وطنها) لأنه ضرر بالصبىّ لأنه يتعوّد أخلاق الكفار وربما يألفهم ، وإذا أرادت أن تخرجه إلى بلدها ولم يقع العقد فيه ليس لها ذلك . لأنه لم يلتزم لها ذلك لأنه لم يلتزم لها المقام فيه فلا يجوز لها التفريق بينه وبين الولد من غير التزامه . وعن شريح : إذا تفرّقت الدار فالعصبة أحقّ بالولد ، وإن كان العقد فى غير وطنها فأرادت أن تنقله إليه ليس لها ذلك ، لأنه دار غربة كالبلد الذى فيه الزوج ،

وإذا تساويا لم يجز لها نقله ، وقيل لها ذلك لأن العقد وجد فيه فيوجب أحكامه فيه فلا بدّ فى النقلة من الوطن ووقوع العقد فيه ، وهذا إذا كان بين المصرين مسافة ، أما إذا كان بينهما ما يمكن الأب الاطلاع عليه ويبيت فى منزله فلا بأس به ، لأنه لايلحقه بذلك ضرر ، وصار كالنقلة من محلة إلى أخرى فى المصر المتباعد الأطراف ، والقريتان كالمصرين ، وكذا لو انتقلت من القرية إلى المصر ، لأن فيه نظرا للصغير حيث يتحلق بأخلاق أهل المصر ، وبالعكس لا ، لأن أخلاق أهل السواد أجفى فكان فيه ضرر بالصبىّ فلا يجوز .

كتاب العتق

وهو فى اللغة : القوّة ، يقال : عتق الطائر إذا قوى على الطيران ، وعتاق الطير : كواسبها لقوّتها على الكسب ، وعتقت الخمر : قويت واشتدّت ، ويستعمل للجمال ، يقال : فرس عتيق : أى رائع جميل ، وسمى الصديق عتيقا لجماله ، ويستعمل للكرم ، ومنه البيت العتيق : أى الكريم ، ويستعمل للسعة والجودة ، ومنه رزق عاتق : أى جيد واسع . وفى الشرع : زوال الرقّ عن المملوك وفيه هذه المعانى اللغوية فانه بالعتق يقوى على ما لم يكن قادرا عليه قبله من الأقوال والأفعال ، ويورثه جمالا وكرامة بين الناس ويزول عنه ما كان فيه من ضيق الحجر والعبودية فيتسع رزقه بسبب القدرة على الكسب . والحرية : الخلاص ، والحرّ : الخالص ، ومنه طين حرّ : خالص لارمل فيه ، وأرض حرّة : خالصة من الخراج والنوائب . والتحرير : إثبات الحرية وهو الخلوص فى الذات عن شائبة الرقّ . والرقّ فى اللغة : الضعف ، ومنه ثوب رقيق ، وصوت رقيق : أى ضعيف. وفى الشرع : ضعف معنوىّ ، وهو العجز عما يقدر عليه الحرّ من الولايات والشهادات والخروج إلى الحجّ والجهاد وصلاة الجمعة والجنائز وغيرها من العبادات ، وبالإعتاق والتحرير تثبت له القوّة على هذه الأفعال وتخلصه عن شوائب الرقّ والإذلال . وقال القدورى رحمه الله : العتق إسقاط الحقّ عن الرقّ ، والحقوق تسقط بالإسقاط ، فاسقاط الحقّ عن الرقّ عتق ، وعن استباحة البضع طلاق ، وعن الديون براءة ، فانه إذا أسقط حقه عن هذه الأشياء لم يبق شىء يحتاج إلى النقل فيسقط ، ولا كذلك الأعيان فانه لايصحّ إسقاط الحقّ عنها ، لأن العين بعد الإسقاط تبقى غير منتقلة فلا يسقط حقه وهو قضية مشروعة وقربة مندوبة . أما شرعيتها فلقوله تعالى ـ فتحرير رقبة ـ وقال ـ فتحرير رقبة مؤمنة ـ كلفنا بتحرير الرقبة ، ولولا شرعيته لما كلفناه ، إذ تكليف

وَلَا يَقَعُ إِلاَّ مِنْ مَالِكٍ قَادِرٍ عَلَى التَّبَرُّعَاتِ . وَأَلْفَاظُهُ : صَرِيحٌ ، وَكِنَايَةٌ . فَالصَّرِيحُ يَقَعُ بِغَيْرِ نِيَّةٍ ، وَهُوَ قَوْلُهُ : أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ مُحَرَّرٌ ، أَوْ عَتِيقٌ أَوْ مُعْتَقٌ ، وَأَعْتَقْتُكَ ، أَوْ حَرَّرْتُكَ ، وَهَذَا مَوْلَايَ ، أَوْ يَا مَوْلَايَ ، أَوْ هَذِهِ مَوْلَاتِي ، وَيَاحُرُّ ، وَيَا عَتِيقُ ، إِلاَّ أَنْ يُجْعَلَ ذَلِكَ اسْماً لَهُ فَلَا يَعْتِقُ ؛ وَكَذَلِكَ إِضَافَةُ الْحُرِّيَّةِ إِلَى مَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الْبَدَنِ .

ما ليس بمشروع قبيح ، والنبيّ عليه الصلاة والسلام وأصحابه أعتقوا ، والإجماع على شرعيته ، وأما الندبية فلقوله تعالى ـ فكّ رقبة أو إطعام فى يوم ذى مسغبة ـ والندبية تدلّ على المشروعية أيضا . وروى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أيما مؤمن أعتق مؤمنا فى الدنيا أعتق الله بكلّ عضو منه عضوا منه من النار » وسأل أعرابى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « علمنى عملا يدخلنى الجنة ، فقال : لئن أقصرت الخطبة لقد عرضت المسئلة أعتق النسمة وفكّ الرقبة ، قال : أليسا واحدا ؟ قال لا ، عتق الرقبة أن تنفرد بعتقها ، وفكّ الرقبة أن تعين فى ثمنها » ثم العتق قد يقع قربة ومباحا ومعصية ، فان أعتقه لوجه الله تعالى أو عن كفارة فهو قربة ، وإن أعتقه من غير نية أو أعتقه لفلان فهو مباح وليس بقربة ، وإن أعتقه للصنم أو للشيطان فهو معصية . ويستحبّ أن يكتب له كتابا بالعتق ويشهد عليه به توثقا وخوفا من التجاحد (ولا يقع إلا من مالك قادر على التبرّعات) أما الملك فلقوله عليه الصلاة والسلام « لاعتق فيما لايملكه ابن آدم » ، وكذلك إذا أضافه إلى ملكه كما مرّ فى الطلاق ، وأما كونه قادرا على التبرّعات فلأنه تبرّع . قال (وألفاظه صريح وكناية ، فالصريح يقع بغير نية) كما قلنا فى الطلاق (وهو قوله : أنت حرّ ، أو محرّر ، أو عتيق ، أو معتق) وإن نوى به الخلوص والقدم صدّق ديانة لاقضاء ، لأنه خلاف الظاهر وهو يحتمله (و) قوله (أعتقتك ، أو حرّرتك) صريح أيضا (و) كذلك (هذا مولاى ، أو يا مولاى ، أو هذه مولاتى) لأنه يستعمل فى المعتق والمعتق فاذا انتفى أحدهما ثبت الآخر ضرورة ، ولو نوى النصرة والمحبة صدّق ديانة لاقضاء لما بينا ، ولو قال : أنت حرّ من هذا العمل ، أو أنت حرّ اليوم من هذا العمل عتق قضاء لأنه متى صار حرّا فى شىء صار حرّا فى كلّ الأشياء ، لأن الحرّية لاتتجزى (ويا حرّ ، ويا عتيق) صريح أيضا (إلا أن يجعل ذلك اسما له فلا يعتق) إلا أن يريد به الإنشاء . قال (وكذلك إضافة الحرّية إلى ما يعبر به عن البدن) وهو كالطلاق فى التفصيل والحكم والخلاف والعلة ، ولو أعتق جزءا شائعا كالثلث والربع عتق ذلك الجزء عند أبى حنيفة ويسعى العبد فى الباقى ، وعندهما يعتق كله على ما نبينه ؛ ولو قال : بعضك حرّ

وَالكِنايَاتُ تَحْتَاجُ إلى النِّيَّةِ ، وَذلكَ مِثْلُ قَوْلِهِ : لامِلْكَ لى عَلَيْكَ ، وَلا سَبِيلَ لى عَلَيْكَ ، وَلا رِقَّ ، وَخَرَجْتَ مِنْ مِلْكِى ؛ وكَذَلِكَ لَوْ قالَ لأَمَتِهِ : أطْلَقْتُكِ ، وَلَوْ قالَ طَلَّقْتُكِ لاتَعْتِقُ وَإنْ نَوَى ؛ وَإنْ قالَ : هَذَا ابْنِى أوْ أبِى أوْ أمِّى عَتَقَ (سم) ،

أو جزؤك عتق كله عندهما . وعند أبى حنيفة يؤمر بالبيان . ولو قال : دمك حرّ فيه روايتان . وعن أبى يوسف لو قال لأمته : فرجك حرّ من الجماع عتقت ، ولو قال لعبده: فرجك حرّ يعتق ؛ وقيل لايعتق لأن فرج المرأة يعبر به عن جميع البدن لافرج الرجل ، قال عليه الصلاة والسلام « لعن الله الفروج على السروج » والمراد النساء ، وفى الاست والدبر الأصحّ أنه لايعتق لأنه لايعبر به عن البدن ؛ وفى العنق روايتان . ومما يلحق بالصريح قوله لعبده : وهبت لك نفسك ، أو بعتك نفسك فانه يعتق بغير نية قبل العبد أو لم يقبل ، لأن ذلك يقتضى زوال الملك إلى العبد فيزول ملكه بازالته صريحا ، فلم يكن صريحا فى العتق لأنه ليس بموضوع لغة ، لكنه ملحق بالصريح من حيث إنه يقع بغير نية ، وإنما يملك العبد النفسية دون المالية لأنه بغير عوض فيكون إعتاقا فلا يحتاج إلى القبول ، حتى لو قال له : بعت منك نفسك بكذا افتقر إلى القبول لمكان العوض (والكنايات تحتاج إلى النية) لاحتمال اللفظ العتق وغيره فلا يتعين أحدهما إلا بالنية كما قلنا فى الطلاق (وذلك مثل قوله: لاملك لى عليك ، ولا سبيل لى عليك ، ولا رقّ ، وخرجت من ملكى) لأنه يحتمل لاملك لى عليك لأنى بعتك أو وهبتك ، ويحتمل لأنى أعتقتك ، وكذا سائرها فاحتاج إلى النية ، وكذا خليت سبيلك ، ولا سبيل لى عليك ، لأن نفى السبيل يكون بالبيع ويكون بالكتابة ويكون بالعتق فلا يتعين إلا بالنية (وكذا لو قال لأمته : أطلقتك) لأنه بمعنى خليت سبيلك (ولوقال : طلقتك لاتعتق وإن نوى) وكذلك سائر ألفاظ صريح الطلاق وكناياته ، لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح ، وما يزيل الأقوى يزيل الأضعف بطريق الأولى ، أما ما يكون مزيلا للأضعف لايلزم أن يكون مزيلا للأقوى ، ولأن العتق إثبات للقوّة على ما قدمناه ، والطلاق رفع القيد ، وبين الإثبات والرفع تضادّ ، ولأن صريح الطلاق وكناياته مستعملة لحرمة الوطء ، وحرمة الوطء تنافى النكاح ولا تنافى المملوكية فلا يقع كناية عنه ، ولو قال لأمته : أنت حر أو لعبده : أنت حرة لاتعتق إلا بالنية ، لأنه ليس صريحا فيه ، ولو قال: لاحقّ لى عليك يعتق إذا نوى ، روى ذلك عن أبى حنيفة ومحمد ، لأن الحقّ عبارة عن الملك فكأنه قال : لاملك لى عليك ؛ ولو قال : أنت لله ، أو جعلتك خالصا لله ، روى عن أبى حنيفة أنه لايعتق لأن الأشياء كلها لله تعالى بحكم التخليق . وعنهما أنه يعتق لأن الخلوص لله تعالى لايتحقق إلا بالعتق . قال (وإن قال هذا ابنى أوأبى أوأمى عتق)

وَلَوْ قالَ : هذَا أَخِي لَمْ يَعْتِقْ ، وَلَوْ قالَ : يا ابْني أَوْ يا أَخِي لَمْ يَعْتِقْ ، وَلَو قالَ : أَنْتَ مِثْلُ الحُرِّ لَمْ يَعْتِقْ ، وَلَوْ قالَ : ما أَنْتَ إلاَّ حُرٌّ عَتَقَ ، وَلَوْ قالَ : لاسُلْطانَ لى عَلَيْكَ

وكذلك قوله : هذا عمى أو خالى ؛ ثم إن كان العبد يصلح والدا أو ولدا وهو مجهول النسب يثبت نسبه أيضا ، لأن له ولاية الدعوة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت ويعتق بالإجماع ؛ وإن كان لايصلح والدا فى قوله هذا أبى بأن كان أصغر منه ، ولا ولدا فى قوله هذا ابنى بأن كان أكبر منه ، أو مقارنه عتق أيضا عملا بمجاز اللفظ وهو الحرّية عليه من حين ملكه ولا يثبت النسب لتعذّره . وقال أبويوسف ومحمد : لايعتق لأنه كذب ، فصار كقوله أعتقتك قبل أن أخلق . ولأبى حنيفة أنه إن تعذّر العمل بحقيقته أمكن العمل بمجازه ، لأن الحرّية ملازمة للبنوّة فى المملوك والملازمة من طريق المجاز تحرّزا عن إلغاء كلام العاقل ، بخلاف ما ذكر لأنه لاوجه للمجاز فيه فتعين الإلغاء ، ثم قيل لايشترط تصديق العبد لأن إقرار المالك على مملوكه يصحّ من غير تصديقه ، وقيل يشترط التصديق فيما سوى دعوة البنوّة ، لأن غير البنوّة حمل النسب على غيره فيكون دعوى على العبد يلزمه بعد الحرّية فيشترط تصديقه ، وإن كان العبد معروف النسب لايثبت نسبه منه للتعذّر ، ويعتق عملا بما ذكرنا من المجاز (ولو قال : هذا أخى لم يعتق) فى ظاهر الرواية لأنه يراد به الأخ فى الدين عرفا وشرعا ، قال تعالى - إنما المؤمنون إخوة - وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يعتق لأن ملك الأخ موجب للعتق ، والأخوة عند الإطلاق تنصرف إلى النسب (ولو قال : يا ابنى أو يا أخى لم يعتق) فى ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لايعتق بالنداء إلا بخمسة ألفاظ : يا ابنى ، يا بنتى ، يا عتيق ، يا حرّ ، يا مولاى . وقال محمد فى النوادر : لايعتق إلا بالثلاثة الأخيرة ، لأن النداء وضع لإعلام المنادى لالتحقيق معنى النداء فى المنادى حتى يقال للبصير يا أعمى ، وللأبيض يا أسود ، إلا فيما تعارف الناس إثبات العتق به وهى الألفاظ الثلاثة . ولأبى حنيفة أنه تعذّر جعله إعلاما لأن المذكور ليس باسم له وضعا فجعلناه لإثبات معنى النداء فى المنادى وهو الحرّية صونا لكلامه عن الإلغاء ؛ ولو قال لعبده : هذه بنتى ، أو لأمته : هذا ابنى عتق عند أبى حنيفة عملا بالإشارة ، وقيل لايعتق لأن الإشارة والتسمية اجتمعا فى جنسين فكانت العبرة للتسمية والمسمى معدوم (ولو قال : أنت مثل الحرّ لم يعتق) لأن هذا اللفظ يراد به المشاركة فى بعض المعانى عرفا وقد وجد فلا يعتق بالشكّ . وقال بعض المشايخ : يعتق إذا نوى كقوله لامرأته : أنت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته إن نوى الإيلاء يصير موليا (ولو قال : ما أنت إلا حرّ عتق) لأن هذا إثبات من النفى فهو أبلغ فى التأكيد كلفظة الشهادة (ولو قال : لاسلطان لى عليك

لَمْ يَعْتِقْ وَإِنْ نَوَى ؛ وَعِتْقُ الْمُكْرَهِ وَالسَّكْرَانِ وَاقِعٌ .

وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ ، وَلَوْ كَانَ الْمَالِكُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا ، وَالْمُكَاتَبُ يَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ قَرَابَةُ الْوِلَادِ لَا غَيْرُ (سم) ؛ وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ لِلصَّنَمِ أَوْ لِلشَّيْطَانِ عَتَقَ وَكَانَ عَاصِيًا ؛ وَمَنْ أَعْتَقَ حَامِلًا عَتَقَ حَمْلُهَا مَعَهَا ،

لم يعتق وإن نوى) لأنّ السلطان عبارة عن اليد ، فصار كأنه قال : لايد لى عليك ونوى لايعتق ، لأنّ نفى اليد المفردة بالكتابة لابالعتق (وعتق المكره والسكران واقع) لما مرّ فى الطلاق .

فصل

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولو كان المالك صبيا أو مجنونا) لقوله عليه الصلاة والسلام « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حرّ » وفى رواية « عتق عليه » فينتظم الصغير والكبير والعاقل والمجنون والمسلم والكافر عملا بعموم كلمة «من» ولأنه تعلق به حقّ العباد وهم الأقرباء ، فيدخل فيه الصغير والمجنون كالنفقات وضمان المتلفات ، ويدخل فيه كلّ ذى رحم محرم ولاد وغيره .كالإخوة وبنيهم والأعمام والعمات والأخوال والخالات عملا بالإطلاق ، وذوالرحم المحرم كل شخصين يدليان إلى أصل واحد بلاواسطة كالأخوين أو أحدهما بواسطة والآخر بغير واسطة كالعمّ وابن الأخ إلى الجدّ ؛ ولا يعتق بالملك ذو رحم غير محرم ، كبنى الأعمام والأخوال وبنى العمات والخالات ، ولا محرم غير ذى رحم كالمحرمات بالصهرية والرضاع ، لأن العتق بدون الإعتاق ضرر إلا أنا خالفناه فى الرحم المحرّم بالنصّ فبقى الباقى على الأصل . قال (والمكاتب يتكاتب عليه قرابة الولاد لاغير) وقالا : يتكاتب عليه الأخ ومن فى معناه وهو رواية عن أبى حنيفة ، لأنه لو كان حرّا عتق عليه ، فاذا كان مكاتبا يتكاتب عليه كقرابة الولاد . وله أن ملك المكاتب ناقص حتى لايقدر على الإعتاق والوجوب عند القدرة وقرابة الولاد العتق فيهم من مقاصد الكتابة ، فامتنع البيع تحصيلا لمقصود الكتابة . أما حرية الأخ والعمّ ليست من مقصود الكتابة فلا يظهر فيهما . قال (ومن أعتق عبده للصنم أو للشيطان عتق وكان عاصيا) لصدور الإعتاق من أهله مضافا إلى محله عن ولاية ، ولأن قوله : أنت حرّ صريح فى العتق فيقع ، ويلغو قوله للصنم أو للشيطان ويكون عاصيا ، لأن ذلك من فعل الكفرة وعبدة الأصنام . قال (ومن أعتق حاملا عتق حملها معها) لأنه متصل بها فصار كبعض أجزائها ، وليس القبض والتسليم فيه شرطا فيصحّ ، بخلاف البيع والهبة حيث لايصحّ

وَإِنْ أَعْتَقَ حَمْلَهَا عَتَقَ خَاصَّةً ؛ وَالْوَلَدُ يَتْبَعُ الْأُمَّ فِى الْحُرِّيَّةِ وَالرِّقِّ وَالتَّدْبِيرِ ، وَوَلَدُ الْأَمَةِ مِنْ مَوْلَاهَا حُرٌّ ، وَوَلَدُ الْمَغْرُورِ حُرٌّ بِالْقِيمَةِ ، وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ فَقَبِلَ عَتَقَ وَلَزِمَهُ الْمَالُ ؛ وَإِنْ قَالَ : إِنْ أَدَّيْتَ إِلَىَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ صَارَ مَأْذُونًا وَيَعْتِقُ بِالتَّخْلِيَةِ (ز) بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَلْفِ ، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ قَبْلَ أَدَاءِ الْمَالِ .

لاشتراط القبض أو القدرة عليه (وإن أعتق حملها عتق خاصة) لأن العتق لم يرد عليها لتعتق أصالة ولا تعتق تبعا لأنها أصل ، ولو أعتقه على مال عتق وبطل المال ، لأن المال لايلزم الحمل لأنه لاولاية له ولا عليه ، ولا يلزم الأمّ لعدم التزامها ، ثم إنما يعرف قيام الحمل وقت العتق إذا جاءت به لأقلّ من ستة أشهر من يوم العتق لما عرف . قال (والولد يتبع الأمّ فى الحرّية والرقّ فى التدبير) لأن جانب الأمّ راجح اعتبارا للحضانة (وولد الأمة من مولاها حرّ) لأنه انخلق من مائه وقد انعلق على ملكه فيعتق عليه (وولد المغرور حرّ بالقيمة) وهو ما إذا تزوّج حرّ امرأة على أنها حرّة فاذا هى أمة ، فأولاده منها أحرار وعليه قيمتهم لمولاها على ذلك إجماع الصحابة ؛ ولو كان المغرور مكاتبا أو مدبرا أو عبدا فكذلك عند محمد ، لأن ما نقل من إجماع الصحابة لايفصل ، وقال : أولادهم أرقاء لحصولهم بين رقيقين فلا وجه إلى حريتهم ، بخلاف الأب الحرّ فانه أمكن جعل الولد حرّا تبعا لأبيه ، وإجماع الصحابة لم يرد قولا بل حكموا بذلك فى صورة كان الأب حرّا فلا يقاس عليه ، ولأن العبد لايعير بكون ولده عبدا والحرّ يعير فافترقا . قال (ومن أعتق عبده على مال فقبل عتق ولزمه المال) مثل أن يقول : أنت حرّ بألف ، أو على ألف ، أو على أن لى عليك ألفا ، أو على أن تعطينى ألفا ، أو على أن تؤدّى إلىّ ألفا ؛ وإنما شرط قبوله لأنه معاوضة ، ومن شرطها ثبوت الحكم بقبول العوض فى الحال كالبيع ، ولهذا قلنا يعتق إذا قبل لأنه علق العتق بالقبول لابالأداء ، وقوله لزمه المال معناه يصير دينا عليه حتى تصح به الكفالة ، واللفظ بإطلاقه ينتظم جميع أنواع المال : النقود والعروض والحيوان ، وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة مال بغير مال كالنكاح وأخواته ، ويتعلق بقبوله فى المجلس إن حضره وإن غاب على مجلس علمه ، وإن كان التعليق بإذا فهو كالتعليق بمتى لايتوقف بالمجلس وقد عرف فى الطلاق . قال (وإن قال : إن أدّيت إلىّ ألفا فأنت حرّ صار مأذونا ويعتق بالتخلية بينه وبين الألف ، وله أن يبيعه قبل أداء المال) أما صيرورته مأذونا فلأن المولى لما طلب منه أداء المال وطريقه الاكتساب بالتجارة غالبا ، فقد أذن له فى التجارة دلالة . وأما جواز البيع قبل أداء المال لأنه علق عتقه بأداء جميع المال ، فما لم يؤدّه لم يوجد شرطه فلا يعتق وليس بمكاتب فله بيعه ، وأما عتقه بالتخلية فمذهبنا . وقال زفر :

وَمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ عَتَقَ وَسَعَى فِى بَقِيَّةِ قِيمَتِهِ لِمَوْلاهُ (سم) ،

لايعتق إلا بالأداء إليه لأنه الشرط فلا يعتق قبله . ولنا أن هذا تعليق لفظا معاوضة مقصود، لأن الألف يصلح عوضا عن العتق حتى لونص على المعاوضة يصير عوضا فينعقد معاوضة بين الألف والعتق تحصيلا لمقصوده ، فباعتبار المعاوضة ينزل المولى قابلا للبدل متى وصل إليه لئلا يتضرر العبد به ، وقد رضى المولى بنزول العتق عند وصول الألف إليه ، وبالتخلية قد وصلت إليه فجعلناه تعليقا ابتداء عملا باللفظ دفعا للضرر عن المولى لئلا يخرج من ملكه ولا يسرى إلى الولد قبل الأداء معاوضة عند الأداء دفعا للضرر عن العبد حتى يعتق بالأداء على ما بينا ونظيره الهبة بعوض هبة ابتداء بيع انتهاء ، ولو أدى البعض أجبر المولى على قبوله ولا يعتق لما قلنا ، فان أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق عتق لوجود الشرط ويرجع عليه المولى بمثلها لأنه أداها من مال المولى ، وإن أداها من مال اكتسبه بعد التعليق عتق ولا يرجع عليه لأنه مأذون فى الأداء منه على ما بينا .

فصـــــل

(ومن أعتق بعض عبده عتق وسعى فى بقية قيمته لمولاه) وقالا : يعتق كله لأن الإعتاق لايتجزى عندهما ، فاضافة العتق إلى بعضه كاضافته إلى كله كما فى الطلاق ، وعند أبى حنيفة يتجزى فيقتصر على ما أعتق . لهما قوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق شركا له فى عبد فقد عتق كله ليس لله فيه شريك » ولأن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكمية والقوة لاتتجزى ، إذ لايكون بعضه قويا وبعضه ضعيفا ، أو نقول : هو إزالة الرق الذى هو ضعف حكمى ، وكل واحد منهما لايتجزى فصار كالعفو عن القصاص . وله ما روى نافع عن ابن عمر أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « من أعتق شقصا من عبد فعليه عتق كله » وفى رواية « كلف عتق ما بقى » وفى رواية « وجب عليه أن يعتق ما بقى » ولو عتق بنفس الإعتاق لما وجب عليه إعتاقه ولما كلف ذلك ، لأن إعتاق المعتق محال . وقال عليه الصلاة والسلام « من أعتق شركا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق » وروى سعيد بن المسيب عن جماعة من الصحابة أنهم قالوا : إذا كان العبد بين رجلين فأعتقه أحدهما فانه يقوم عليه بأعلى القيمة ثم يغرم ثمنه ثم يعتق العبد ، وعائشة ترفعه إلى النبى عليه الصلاة والسلام ، ولأن الإعتاق إزالة ملكه ، والمتصرف إنما يتصرف فيما يدخل تحت ولايته وهو إزالة ملكه فيتقدر به . والأصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدى فى الطلاق والقصاص لعدم التجزى ، أما الملك فلأنه متجز كما فى البيع والهبة ، ويسمى إعتاقا مجازا ،

وَالْمُسْتَسْعَى كَالْمُكَاتَبِ (سم) ، وَلَوْ أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ عَتَقَ . فإنْ كانَ قادِرًا عَلى قِيمَةِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ فاضِلاً عَنْ مَلْبُوسِهِ وَقُوتِ يَوْمِهِ وَعِيالِهِ ، فَشَرِيكُهُ إنْ شاءَ أَعْتَقَ ، وَإِنْ شاءَ دَبَّرَ ، وَإِنْ شاءَ كاتَبَ ، وَإِنْ شاءَ ضَمَّنَ الْمُعْتِقَ ، وَإِنْ شاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ ؛ وَإِنْ كانَ مُعْسِرًا فَكَذلِكَ إلاّ أَنَّهُ لايُضَمِّنُ (سم) .

لأنه يصير إلى العتق فيحمل حديثهما على ذلك توفيقا بين الأحاديث ، وتجب السعاية فى الباقى على العبد ، لأن مالية الباقى صارت محتبسة عند العبد ، ولأن ما بقى منه على ملكه ، ووجب إخراجه إلى الحرية بما روينا ، ولا يلزمه إزالته بغير عوض فكان له أن يستسعيه ، وله أن يعتقه لأنه ملكه لما روينا كالمكاتب . قال (والمستسعى كالمكاتب) عند أبى حنيفة حتى يؤدّى السعاية لأنه تعلق عتقه بأداء المال فلا تقبل شهادته ، ولا يرث ولا يورث ولا يتزوّج ، ويفارق المكاتب فى خصلة ، وهو أنه لايردّ فى الرقّ لو عجز ، لأن الذى أوجب السعاية وقوع الحرية فى بعضه وهو موجود بعد العجز ؛ وقالا : هو حرّ مديون ، لأن العتق وقع فى جميعه بناء على ما تقدم من الأصل فى التجزى فهو كسائر الأحرار عندهما ، وهذا كما إذا أعتق بعض عبده ، أو أعتق بعض الشركاء نصيبه أوبعض الورثة أو الغرماء أو المريض ولم يخرج من الثلث . أما العبد الرهن إذا أعتقه الراهن وهو معسر وسعى العبد فهو حرّ بالإجماع ، لأن الدين على الراهن لافى رقبة العبد ، ولهذا يرجع العبد على الراهن بما سعى . قال (ولو أعتق أحد الشريكين نصيبه عتق ، فان كان قادرا على قيمة نصيب شريكه فاضلا عن ملبوسه وقوت يومه وعياله ، فشريكه إن شاء أعتق ، وإن شاء دبر ، وإن شاء كاتب ، وإن شاء ضمن المعتق ، وإن شاء استسعى العبد ؛ وإن كان معسرا فكذلك إلا أنه لايضمن) وقالا : ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار . والكلام فى هذه المسألة فى مواضع : أحدها الضمان فى حالة اليسار ، والدليل عليه ما روى من الأحاديث أن النبى عليه الصلاة والسلام أوجب الضمان على المعتق الموسر فيجب عليه ، ولأنه أتلف نصيب الساكت حيث أعجزه عن التصرّف فيه بالتمليك فله أن يضمنه ، فاذا ضمنه فالمعتق إن شاء أعتق لأنه ملكه بالضمان ، وإن شاء استسعى العبد لأنه انتقل إليه بما كان لشريكه من الحقوق ، والولاء له فى ذلك كله ، لأنه هو الذى أعتقه أو عتق على ملكه ويرجع بما أدّى على العبد ، لأنه لما أدّى صار كالشريك الساكت ، وللساكت ذلك بالسعاية فكذا هذا . والثانى للساكت ولاية الإعتاق لما تقدّم أنه على ملكه فله أن يعتق تسوية بينه وبين شريكه ، فاذا أعتق كان ولاء نصيبه له . والثالث للساكت أن يستسعى العبد لحديث أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصا من

. . . .

مملوك فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال ، وإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه ، ولأن نصيبه باق على ملكه فله أن يأخذه من العبد لما بينا ، فإذا استسعى فولاء نصيبه له أيضا لأنه عتق على ملكه . والرابع له أن يدبر أو يكاتب لأنه لما ثبت أن ملكه باق فيه كان قابلا للتدبير والكتابة ، ولأن التدبير نوع إعتاق والكتابة استسعاء منجم ويكون الولاء له أيضا ؛ وفى حالة الإعسار إن شاء الساكت أعتق أو دبر أو كاتب أو استسعى لما بينا والولاء له فى الوجوه كلها لأنه عتق على ملكه ، وهذه المسألة تبتنى على تجزى الإعتاق ، فلما كان يتجزى عنده تفرّعت هذه الأحكام عليه ، ولما لم يتجز عندهما عتق كله ، فإن كان موسرا يتعين الضمان لأنه أتلف عليه نصيبه وهو موسر ، وإن كان معسرا تعذّر ضمانه فيستسعى العبد لأن ماليته محتبسة عنده ، فله أن يستسعيه كغاصب الغاصب ونحوه ، ولا يرجع العبد بما يؤدّى باجماع بيننا ، لأن منفعته حصلت للعبد بغير رضى المولى فكان ضمانا بعوض حصل له ، ولأنه يسعى لفكاك رقبته لالقضاء دين على المعتق لأنه معسر لم يلحقه شىء . ولهما أيضا قوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق نصيبه من عبد مشترك إن كان غنيا ضمن وإن كان فقيرا يسعى العبد » قسم والقسمة تنافى الشركة ، ويعتبر الإعسار واليسار يوم الإعتاق ، حتى لو أعتق وهو موسر فأعسر لايبطل التضمين ، وإن كان معسرا فأيسر لايثبت له حقّ التضمين لأنه حق ثبت بنفس العتق فلا يتغير وإن اختلفا فى ذلك يحكم الحال ، إلا أن يكون بين الخصومة والعتق مدّة تختلف فيها الأحوال ، فالقول للمعتق لأنه منكر ؛ ولو اختلفا فى قيمة العبد يوم العتق ، فإن كان قائما يقوّم للحال ، وإن كان هالكا فالقول للمعتق أيضا ، وإن كان الإعتاق سابقا على الاختلاف فالقول له أيضا لأنه منكر للزيادة ؛ ولو اختلفا فى القيمة ووقت الإعتاق يحكم بالعتق للحال ، وعلى هذا التفصيل لو اختلف العبد والساكت فى القيمة ؛ ولو مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئا ليس له إلا التضمين ، لأن العتق والسعاية فاتا بالموت ، فإذا ضمن رجع المعتق على كسب العبد إن كان له كسب ، ولو كان المعتق معسرا فللساكت أن يرجع فى أكسابه لأن السعاية تجب بنفس العتق ؛ ولو مات المعتق يؤخذ الضمان من ماله إن كان العتق فى الصحة ، وإن كان فى المرض فلا شىء فى تركته . وعن محمد يؤخذ من تركته ، وهو رواية عن أبى يوسف ، لأن ضمان التمليك لايختلف بالصحة والمرض ؛ ولو مات الساكت فللورثة أحد الاختيارات ، فإن اختار بعضهم العتق وبعضهم الضمان فلهم ذلك . وروى الحسن عن أبى حنيفة ليس لهم إلا الاجتماع على أحدهما . أعتق نصيبه وهو موسر وشريكه عبد مأذون إن كان مديونا فله خيار التضمين أو السعاية ، وإن لم يكن مديونا

وإذَا اشْتَرَيا ابْنَ أحَدِهِما عتَقَ نَصيبُ الأبِ ، وَشَرِيكُهُ إنْ شاءَ أعْتَقَ (سم) وإنْ شاءَ اسْتَسْعَى عَلِمَ أوْ لَمْ يَعْلَمْ ، ولَوْ قالَ لِعَبْدَيْهِ : أحَدُكُما حُرٌّ ثُمَّ باعَ أحدَهُما أوْ عَرَضَهُ عَلى البَيْعِ أوْ دَبَّرَهُ أوْ ماتَ عَتَقَ الآخَرُ ، وكَذَا إذَا اسْتَوْلَدَ إحْدَى الجارِيَتَيْنِ ،

فالخيار للمولى ، وإن كان شريكه صبيا فان كان له ولىّ أو وصىّ إن شاء ضمن وإن شاء استسعى ، وإن لم يكن له ولىّ ينتظر بلوغه أو ينصب له القاضى وليا ، وهذا أصل كبير يبتنى عليه كثير من مسائل العتق وغيره . قال (وإذا اشتريا ابن أحدهما عتق نصيب الأب وشريكه إن شاء أعتق وإن شاء استسعى علم أو لم يعلم) وكذا إذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية ، وقالا : يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسرا ، وإن كان معسرا يسعى الابن فى نصف قيمته لشريك أبيه ، وعلى هذا إذا اشتَرياه وقد حلف أحدهما بعتقه إن اشترى نصفه ، وإن ملكاه بالإرث (١) فكما قال أبوحنيفة بالإجماع . لهما أن شراء القريب إعتاق على أصلنا ، فقد أفسد نصيب الشريك بالإعتاق فصار كعبد بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه . ولأبى حنيفة أن شراء القريب إعتاق كما قالا وقد شاركه فيه فقد شاركه فى علة الإعتاق فيكون راضيا بافساد نصيبه فلا يضمن ، كما إذا أذن له بالقول ، ولا فرق بين العلم وعدمه ، لأن الحكم يدار على السبب وهو الشراء ، كما إذا أمر رجلا بأكل طعام مملوك للآمر ولم يعلم به ؛ ولو اشترى الأجنبى نصفه أوّلا ثم اشترى الأب النصف الآخر وهو موسر ، فالأجنبى إن شاء ضمنه لأنه ما رضى بافساد نصيبه ، وإن شاء استسعى العبد فى نصيبه لاحتباس ماليته عنده ، وقالا : يضمن الأب نصف قيمته لاغير لما عرف ، ولو اشترى نصف ابنه وهو موسر ممن يملك جميعه لم يضمن للبائع شيئا ، وقالا : يضمن والأصل ما مرّ . قال (ولو قال لعبديه : أحدكما حرّ ثم باع أحدهما أو عرضه على البيع أو دبره أو مات عتق الآخر) لأنه خرج بالموت عن محلية العتق ، وبالبيع عن محلية العتق من جهته ، وبالعرض قصد الوصول إلى الثمن وأنه ينافى الحرية وذلك بالبيع ، وإذا خرج عن محلية العتق تعين الآخر ، وبالتدبير قصد بقاء الانتفاع به إلى حين موته ، وأنه ينافى العتق المنجز فيتعين الآخر. قال (وكذا إذا استولد إحدى الجاريتين) لأن الاستيلاد كالتدبير فيما ذكرنا وبل أقوى ؛ ولو قال لعبديه : أحدكما حرّ ثم قال لواحد بعينه : أنت حرّ ، أو أعتقتك ، فان نوى البيان صدّق ديانة والآخر عبد ، وإن لم يكن له نية عتقا ؛ ولو قال لعبديه : أحدكما حرّ ، فقيل له أيهما نويت ؟ فقال لم أعن هذا عتق الآخر ،

---

(١) وصورته : أن تموت امرأة ولها عبد هو ابن زوجها ويرثها أخوها وزوجها ، هكذا ذكره الشمنى ، وجد هذا بهامش نسخة خطية .

وَلَوْ قالَ لأمَتَيْهِ : إحْداكُما حُرَّةٌ ثُمَّ وَطِئَ إحْداهُما لاتَعْتِقُ الأُخْرَى (سم)
وَلَوْ شَهِدَا أنَّهُ أعْتَقَ أحَدَ عَبْدَيْهِ أوْ إحْدَى أمَتَيْهِ فَهِيَ باطِلَةٌ (سم) .

فإن قال بعد ذلك : لم أعن هذا عتق الأوّل أيضا ؛ وكذلك طلاق إحدى المرأتين ، بخلاف ما إذا قال لأحد هذين علىّ ألف ، فقيل له هو هذا ؟ فقال لا ، لايجب للآخر شيء ، والفرق أن التعيين واجب عليه فى الطلاق والعتاق ، فإذا نفاه عن أحدهما تعين الآخر إقامة للواجب ؛ أما الإقرار لايجب عليه البيان فيه ، لأن الإقرار للمجهول لايلزم حتى لايجبر عليه ، فلم يكن نفى أحدهما تعيينا للآخر ، ولو أعتق أحدهما فى الصحة ثم بين فى المرض يعتق من جميع المال لأنه أنشأ عتقا مستحقا عليه فيعتبر من جميع المال كالكفارة . ولو مات قبل البيان عتق من كلّ واحد نصفه لعدم الأولوية ، ولا يقوم الوارث مقامه فى البيان (ولو قال لأمتيه : إحدا كما حرّة ثم وطئ إحداهما لاتعتق الأخرى) وقالا : تعتق لأن الوطء لايحلّ إلا فى الملك ، وإحداهما حرّة فكان بالوطء مستبقيا للملك فى الموطوءة فتتعين الأخرى كما فى طلاق إحدى المرأتين . ولأبى حنيفة أن الإيقاع فى المنكرة والوطء فى المعينة وهما متغايران فلا يجعل بيانا ؛ ثم قيل العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به ، ولهذا يملك المولى كسبهما وعقرهما وأرشهما ، ويحلّ له وطؤهما عنده ولا يفتى به ، وينزل العتق فى إحداهما عند البيان ، وما دام الخيار للمولى فيهما فهما كأمتين . وقيل إنه نازل فى المنكرة وإنما يظهر فى حقّ حكم يقبله والوطء يقع فى المعينة فلا تتعين الأخرى ، بخلاف الطلاق ، لأن المقصود الأصلى من النكاح الولد ، فبالوطء قصد الولد ، فدلّ على استبقاء الملك فى الموطوءة صيانة للولد ، والمقصود من الأمة قضاء الشهوة دون الولد ، فلا يدلّ على الاستبقاء ، ولو وطئ وطئا معلقا (١) فهو بيان ، ولو استخدم طوعا أو كرها لايكون بيانا بالإجماع (ولوشهدا أنه أعتق أحد عبديه أو إحدى أمتيه فهى باطلة) وقالا : تقبل ويجبر على إيقاعه على أحدهما ، وفى طلاق إحدى امرأتيه تقبل بالإجماع ، ويجبر على أن يطلق إحداهما ، وهذا بناء على أن دعوى العبد شرط لقبول الشهادة على عتقه عنده خلافا لهما ، ولا يشترط دعوى الأمة والمرأة لقبول الشهادة على حرّيتها وطلاقها بالإجماع . لهما أن هذه شهادة تعلق بها حقّ الله تعالى ، لأن حقوق الله تعالى تتعلق بالحرية من أداء الجمعة والحجّ والزكاة وغير ذلك ، فلا يشترط لها الدعوى كالأمة والحرّة ، وله أنها شهادة قامت على حقوق العباد فيشترط لها الدعوى كسائر حقوقهم ، وهذا لأن معظم المقصود من العتق ونفعه يقع للعبد لأنه يتأهل به للولايات والقضاء والشهادات ، ويرتفع عنه بذلك ذل الملكية ويصير مالكا إلى غير ذلك من المنافع ، بخلاف الأمة والزوجة فانه يتضمن تحريم الفرج

(١) قوله معلقا ، من العلوق ، وهو الحبل .

باب التدبير

وَإِذَا قالَ لِعَبْدِهِ : إِذَا متُّ فأَنْتَ حُرٌّ ، أوْ أنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّى ، أوْ أنْتَ مُدَبَّرٌ ، أوْ قَدْ دَبَّرْتُكَ ، أوْ أنْتَ حُرٌّ مَعَ مَوْتِى ، أوْ عِنْدَ مَوْتِى ، أوْ فى مَوْتِى ، أوْ أوْصَيْتُ لَكَ بِنَفْسِكَ أوْ بِرَقَبَتِكَ ، أوْ بِثُلُثِ مالى ، فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا ،

وأنه حقّ الله تعالى حتى لو لم يتضمن تحريم الفرج لايقبل بأن كانت الشهادة على عتق إحدى الأمتين بغير عينها فافترقا ، فإذا كانت الدعوى شرطا لقبول الشهادة عنده وهذا الشرط لم يوجد هنا لاتقبل ، لأن المشهود له مجهول والدعوى من المجهول لاتتحقق ، ولما لم تكن شرطا عندهما قبلت الشهادة من غير دعوى فيجبره القاضى على التعيين . وأما الشهادة على عتق إحدى الأمتين فلأن الدعوى وإن لم تكن شرطا فى عتق الأمة فإنما لم تقبل لأنها لاتقتضى تحريم الفرج فصارت كالشهادة على أحد العبدين ، وهذا إذا شهد عليه فى صحته ؛ أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبديه فى مرض موته أو دبره وأدّيا الشهادة فى مرضه أو بعد موته قبلت استحسانا ، لأن العتق فى المرض وصية ، وكذلك التدبير وصية والخصم معلوم ، لأن العتق يشيع بالموت فيهما فصار كلّ واحد منهما متعينا .

باب التدبير

وهو العتق الواقع عن دبر الإنسان : أى بعده ، وهو مأخوذ منه ؛ وحقيقته أن يعلق عتق مملوكه بموته على الإطلاق . والأصل فى جوازه أنه عتق معلق بشرط فصار كالمعلق بدخول الدار ، ولأنه وصية للعبد برقبته فصار كغيره من الوصايا ، وهو إيجاب العتق للحال ، وتأخير ثبوته إلى ما بعد الموت ، لأن ثبوته بعد الموت يستدعى إعتاقا ، والميت ليس أهلا له ، فلا بدّ من أن ينعقد التدبير سببا للحرّية فى الحال ليستفاد منه الحرّية فى المآل بخلاف المدبر المقيد لأنه ينعقد سببا للحرّية فى آخر جزء من أجزاء حياته ؛ لأن عتقه معلق بموت موصوف بصفة وأنه مشكوك فيه فلا يفضى إلى الموت قطعا فتعذّر اعتباره سببا . أما الموت المطلق كائن لامحالة فكان مفضيا إلى الموت فأمكن اعتباره سببا للحال . قال (وإذا قال لعبده : إذا متّ فأنت حرّ ، أو أنت حرّ عن دبر منى ، أو أنت مدبر ، أو قد دبرتك ، أو أنت حرّ مع موتى ، أو عند موتى ، أو فى موتى ، أو أوصيت لك بنفسك ، أو برقبتك ، أو بثلث مالى ، فقد صار مدبرا) أما لفظ التدبير فهو صريح فيه كلفظ العتق فى الإعتاق ؛ وأما تعليق الحرّية بالموت فلأنه معنى التدبير ؛ وأما مع موتى فلأنها للقران والشروط لابدّ من تقديمها ، فكأنه قال : بعد موتى وأنه تدبير ، وعند موتى تعليق

وَتَجُوزُ كِتابَتُهُ ؛ وَإِذَا وَلَدَتِ المُدَبَّرَةُ مِنْ مَوْلاها صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَسَقَطَ عَنْها التَّدْبِيرُ وَلا تَسْعَى فِي شَيْءٍ أَصْلاً ، وَلَهُ اسْتِخْدامُها وَإِجارَتُها وَوَطْؤُها ،

العتق بالموت ، ولا بدّ من وجوده أوّلا وفى موتى ، لأن حرف الظرف إذا دخل على الفعل جعله شرطا ، وكذلك إذا ذكر مكان الموت الوفاة أو الهلاك لأن المعنى واحد . وأما الوصية بالرقبة ونحوها فلأن العبد لايملك رقبة نفسه ، والوصية تقتضى زوال ملك الموصى وانتقاله إلى الموصى له ، وأنه فى حقّ العبد حرّية مثل قوله : بعت نفسك منك ، أو وهبتها لك . وأما الوصية بالثلث ونحوه فلأنه يقتضى ملكه ثلث جميع ماله ورقبته من ماله فيملكها فيعتق ، وكذلك بسهم من ماله لأنه عبارة عن السدس ؛ ولو قال : بجزء من ماله لايكون تدبيرا ، لأنه عبارة عن جزء مبهم والتعيين إلى الورثة فلا تكون رقبته داخلة فى الوصية لامحالة . وروى الحسن عن أبى حنيفة إذا قال : إذا متّ ودفنت أو غسلت أو كفنت فأنت حرّ ليس بتدبير لأنه علق العتق بالموت وبمعنى آخر ، والقياس أن لايعتق بالموت ، لأن التدبير تعليق بالموت على الإطلاق وهذا تعليق بالموت ، ومعنى آخر فصار كما إذا قال : إذا متّ ودخلت الدار ، لكن استحسن أن يعتق من الثلث لأنه علق العتق بالموت وبصفة توجد عند الموت قبل استقرار ملك الورثة ، فصار كما إذا علقه بالموت بصفة ، بخلاف دخول الدار ، لأنه لاتعلق له بالموت فصارت يمينا فتبطل بالموت كسائر الأيمان ، وفى اختلاف زفر ويعقوب إذا قال : أنت حرّ إن متّ أو قتلت . قال أبو يوسف : ليس بمدبر . وقال زفر : هو مدبر لأنه علقه بالموت لامحالة . ولأبى يوسف أنه علق العتق بأحد أمرين فصار كقوله : إن متّ أو مات زيد ، وإذا صحّ التدبير لايجوز له إخراجه عن ملكه إلا بالعتق ، لقوله عليه الصلاة والسلام « المدبر لايباع ولا يوهب ولا يورث وهو حرّ من الثلث » ولأنه سبب للحرّية فى الحال على ما بينا ، وأنه كائن لامحالة ، وفى الهبة والبيع إبطاله فلا يجوز ، ولأنه أوجب له حقا فى الحرّية فيمنع البيع كالكتابة والاستيلاد ، وإذا ثبت هذا فنقول : كلّ تصرّف يجوز أن يقع فى الحرّ يجوز فى المدبر كالاستخدام والإجارة والوطء ، لأن حقّ الحرّية لايكون أكثر من الحرّية ، وكل تصرّف لايجوز فى الحرّ لايجوز فى المدبر إلا الكتابة على ما نبينه كالبيع والهبة والرهن . أما البيع والهبة فلما بينا ؛ وأما الرهن فلأنّ المقصود منه الاستيفاء ، وما لايجوز بيعه لايمكن الاستيفاء منه . قال (وتجوز كتابته) لأنها تعجيل الحرّية المؤجلة ، وله ذلك كما لو نجز العتق (وإذا ولدت المدبرة من مولاها صارت أمّ ولد له وسقط عنها التدبير) لأنه خير لها فانه زيادة وصف وتأكيد ، لأنه تثبت به الحرّية بعد الموت بالإجماع (ولا تسعى فى شىء أصلا ، وله استخدامها وإجارتها ووطؤها) لأن ملكه ثابت فيها فتنفذ هذه التصرّفات ولما بيناه آنفا.

وكَسْبُها وأَرْشُها للمَوْلى ؛ وَإذا ماتَ المَوْلى عَتَق مِنْ ثُلُثِ مالِهِ ، فإنْ لَمْ يَخْرُجْ فَبِحِسابِه ؛ وَإنْ كانَ عَلى المَوْلى دَيْنٌ سَعَى فى كُلِّ قِيمَتِه ؛ وَلَوْ دَبَّرَ أحَدُ الشَّرِيكَيْنِ وَضَمِنَ نِصْفَ شَرِيكِه ثُمَّ ماتَ عَتَقَ نِصْفُهُ (سم) بالتَّدْبِيرِ وَسَعَى فى نِصْفِه ؛ وَإنْ قالَ لَهُ : إنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذا أوْ فى سَفَرِى هَذا ، أوْ إنْ مِتُّ إلى عِشْرِينَ سَنَةً فَهُوَ تَعْلِيقٌ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فانْ ماتَ عَلى تلكَ الصِّفَةِ عَتقَ .

باب الاستيلاد

(وكسبها وأرشها للمولى) لأنها باقية على ملكه ، وإنما تستحق الحرّية عند وجود الشرط وقبله هى كالأمة ، وللمولى تزويجها بغير رضاها لأنه يملك منافع بضعها ، ويملك وطأها وذلك جائز فى الحرّة أيضا ، وولد المدبرة مدبر باجماع الصحابة ، ولأنه وصف لازم فيها فيتبعها فيه كالكتابة . قال (وإذا مات المولى عتق من ثلث ماله) لما روينا من الحديث ، ولأنه علق عتقه بالموت فكان وصية ، والوصية تعتبر من الثلث (فإن لم يخرج) من الثلث (فبحسابه) معناه : يحسب ثلث ماله فيعتق منه بقدره ويسعى فى باقيه (وإن كان على المولى دين سعى فى كل قيمته) لما بينا أنه وصية والدين مقدم على الوصية ، والمراد دين يحيط بالتركة ، والحرّية لايمكن ردّها فوجب عليه السعاية رعاية للجانبين . قال (ولو دبر أحد الشريكين وضمن نصف شريكه ثم مات عتق نصفه بالتدبير وسعى فى نصفه) لأن نصفه على ملكه عنده من غير تدبير ، وعندهما يعتق جميعه بالتدبير ، لأن تدبير بعضه تدبير الجميع وهو فرع تجزى الإعتاق (وإن قال له : إن متّ من مرضى هذا أو فى سفرى هذا ، أو إن متّ إلى عشرين سنة فهو تعليق) وهو التدبير المقيد (يجوز بيعه) لما بينا أنه ليس بسبب للحال فلايكون البيع والتصرفات إبطالا للسبب ، ولأنه لم يستحق حق الحرية لامحالة فلا يكون البيع إبطالا لحقّ الحرّية فيجوز بخلاف المدبر المطلق (فإن مات على تلك الصفة عتق) لوجود الشرط من الثلث لما بينا . وذكر أبو الليث فى النوازل ، والحاكم فى المنتقى لو قال لعبده : إن متّ إلى مائتى سنة فأنت حرّ ، فهو مدبر مقيد ، وهو قول أبى يوسف فيجوز بيعه . وقال الحسن بن زياد : هو مدبر مطلق لايجوز بيعه ، والمختار أنه متى ذكر مدّة لايعيش إليها غالبا فهو مدبر مطلق لأنه كالكائن لامحالة .

باب الاستيلاد

وهو فى اللغة : طلب الولد مطلقا ، فان الاستفعال طلب الفعل . وفى الشرع : طلب الولد من الأمة ، وكل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالك لها أو لبعضها فهى أمّ ولد له ،

لايَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الأمَةِ مِنْ مَوْلاها إلاّ بِدَعْوَاهُ ، فاذَا اعْتَرَفَ بِهِ صَارَتْ أُمَّ وَلَدِهِ ، فاذَا وَلَدَتْ مِنْهُ بَعْدَ ذلكَ ثَبَتَ بِغَيْرِ دَعْوَةٍ ، وَيَنْتَفِي بِمُجَرَّدِ نَفْيِهِ بِغَيْرِ لِعانٍ ،

لأن الاستيلاد فرع لثبوت الولد ، فإذا ثبت الأصل ثبت فرعه . قال (لايثبت نسب ولد الأمة من مولاها إلا بدعواه) لأنه لافراش لها ، فان غالب المقصود من وطء الأمة قضاء الشهوة دون الولد ، فان أشراف الناس يمتنعون من وطء الإماء تحرّزا عن الولد لئلا يعير ولده بكونه ولد أمة ، فيشترط لثبوته دعواه لهذا المعنى ، ولهذا جاز له العزل في الأمة دون الزوجة ، لأن المراد من وطء الزوجة طلب الولد غالبا ؛ قال عليه الصلاة والسلام « تناكحوا تكثروا » إشارة إلى أن المراد من شرعية النكاح التوالد والتناسل ، ثم إن كان يطؤها ولا يعزل عنها لايحل له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى ، ويلزمه أن يعترف به لأن الظاهر أنه منه ، وإن كان يعزل عنها ولم يحصنها جاز له النفي لتعارض الظاهرين وقال أبو يوسف : إن كان يطؤها ولم يحصنها أحبّ إلىّ أن يدّعيه . وقال محمد : أحبّ إلىّ أن يعتق ولدها ويستمتع بها فاذا مات أعتقها . لأبي يوسف أنه يجوز أن يكون منه فلا ينفيه بالشكّ . ولمحمد أنه يجوز أن يكون منه ويجوز أن لايكون منه فلا يجوز التزامه بالشك . أما العتق فيحتمل أن يكون عبدا ويحتمل أن يكون حرّا فلا يسترقه بالشكّ ، ويستمتع بالأمّ لأنه مباح له وإن ثبت نسبه ، فإذا مات أعتقها حتى لاتسترقّ بالشكّ (فإذا اعترف به صارت أمّ ولده ، فإذا ولدت منه بعد ذلك ثبت بغير دعوة) لأنه لما ادّعى الأول وثبت نسبه تبين أنه قصد الولد فصارت فراشا فيثبت بغير دعوة كالمنكوحة (وينتفى بمجرّد نفيه بغير لعان) لأن فراشها ضعيف حتى يقدر على إبطاله بالتزويج وبالعتق فينفرد بنفيه ، بخلاف النكاح فان فراشه قوىّ لايملك إبطاله فلا ينتفى ولده إلا باللعان ؛ ولو أقرّ أن أمته حبلى منه ثم جاءت بولد لستة أشهر ثبت نسبه منه وصارت أمّ ولد له ، ولأكثر من ستة أشهر لا ، وسواء كان الولد حيا أو ميتا أو سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه إذا أقرّ به وهو بمنزلة الكلّ لأن السقط تتعلق به أحكام الولادة على ما مرّ ، وإن لم يستبن شيء من خلقه وألقته مضغة أو علقة فادّعاه لم تصر أمّ ولد له ، رواه الحسن عن أبي حنيفة لأنه يحتمل أن يكون دما أو لحما فلا يثبت الاستيلاد بالشكّ ، ولو حرم وطؤها عليه بعد ذلك بوطء أبيه أو ابنه ، أو بوطئه أمها أو بنتها لم يثبت نسب ما تلده بعد ذلك إلا بالدعوة لأن فراشها انقطع ؛ وإذا ولدت الأمة من رجل ولدا لم يثبت نسبه منه بأن زنى بها ثم ملكها وولدها عتق الولد وجاز له بيع الأمّ . وقال زفر : لايجوز لأن الحرّية تثبت للولد بالولادة فيثبت لأمه الاستيلاد كالثابت النسب . ولنا أن الاستيلاد يتبع النسب ولهذا يضاف إليه ،

وَلاَ يَجُوزُ إِخْرَاجُهَا مِنْ مِلْكِهِ إِلاَّ بِالعِتْقِ ، وَلَهُ وَطْؤُهَا وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَكِتَابَتُهَا ، وَتَعْتِقُ بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ جَمِيعِ المَالِ ، وَلاَ تَسْعَى فِى دُيُونِهِ ؛ وَحُكْمُ وَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ بَعْدَ الاِسْتِيلاَدِ حُكْمُهَا ؛ وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِىِّ سَعَتْ فِى قِيمَتِهَا وَهِىَ كَالمُكَاتَبَةِ (ز) ،

فيقال أمّ ولده ، وهو الذى يثبت لها الحرّية ، قال عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » ولم يثبت النسب فلا يثبت التبع . وأما حرية الولد فلأنها تثبت بحكم الجزئية ، وصار كما لو أعتقه بالعتق . قال (ولا يجوز إخراجها من ملكه إلا بالعتق) فلا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تمليكها بوجه ما . والأصل فى ذلك ما روى محمد بن الحسن باسناده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق أمهات الأولاد من جميع المال ، وقال : لايعرن ولا يبعن » وعن عمر رضى الله عنه أنه كان ينادى على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا إن بيع أمهات الأولاد حرام ، ولا رقّ عليها بعد موت مولاها ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فحلّ محلّ الإجماع . وعن ابن عباس أن النبيّ عليه الصلاة والسلام قال حين ولدت أمّ إبراهيم أعتقها ولدها » . وعن سعيد بن المسيب « أن النبيّ عليه الصلاة والسلام أمر بعتق أمهات الأولاد ، ولا يسعين فى الدين ، ولا يجعلن من الثلث » . وروى عبيدة السلمانى قال : قال علىّ بن أبى طالب : اجتمع رأيى ورأى عمر فى نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عتق أمهات الأولاد ، ثم رأيت بعد أن يبعن فى الدين ، فقال عبيدة السلمانى : رأيك ورأى عمر فى جماعة أحبّ إلينا من رأيك فى الفرقة ، قال علىّ رضى الله عنه : إن السلمانى لفقيه ، ورجع عن ذلك . قال (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وكتابتها) لأن الملك قائم فيها كالمدبرة ، فان كلّ واحد منهما عتق معلق بالموت ، والكتابة تعجيل العتق على ما بيناه فى المدبر ، ولأن النبيّ عليه الصلاة والسلام لم يفارق مارية بعد ما ولدت . قال (وتعتق بعد موته من جميع المال ، ولا تسعى فى ديونه) لما تقدّم من الأحاديث (وحكم ولدها من غيره بعد الاستيلاد حكمها) لما تقدّم أن الحكم المستقرّ فى الأمّ يسرى إلى الولد . قال (وإذا أسلمت أم ولد النصرانى سعت فى قيمتها وهى كالمكاتبة) لاتعتق حتى تؤدّى . وقال زفر : تعتق للحال والسعاية دين عليها ، لأن زوال رقه عنها واجب بالإسلام إما بالبيع أو بالإعتاق ، وقد تعذّر البيع بالاستيلاد فتعين العتق . ولنا أن ما قلناه نظر لهما ، لأن ذلّ الرقّ يندفع عنها بجعلها مكاتبة لأنها تصير حرّة يدا ، ويندفع الضرر عن الذمى فتسعى فى الأداء لتنال الحرية ، ولو قلنا بعتقها فى الحال وهى معسرة تتوانى عن الاكتساب والأداء إلى الذمى فيتضرّر ، وهى وإن لم تكن متقوّمة فهى محترمة وهو يكفى للضمان ، كما إذا عفا أحد الشركاء عن القصاص يجب المال للباقين ، وهذا إنما يجب

وَلَوْ ماتَ سَيِّدُها عَتَقَتْ بِلا سِعايَةٍ وَلَوْ تَزَوَّجَ أَمَةَ غَيْرِهِ فَجاءَتْ بِوَلَدٍ ثُمَّ مَلَكَها صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ؛ وَلَوْ وَطِئَ جارِيَةَ ابْنِهِ فَوَلَدَتْ وَادَّعاهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَصارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُها دُونَ عُقْرِها وَقِيمَةُ وَلَدِها ، وَالجَدُّ كالأَبِ عِنْدَ انْقِطاعِ وِلايَتِهِ .

جارِيَةٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَلَدَتْ فادَّعاهُ أَحَدُهُما ثَبَتَ نَسَبُهُ

عليها إذا عرض عليه الإسلام فأبى حتى يجب زوال ملكه عنها ؛ أما إذا أسلم فهى أمّ ولده على حالها كما قلنا فى النكاح (ولو مات سيدها عتقت بلا سعاية) لأنها أمّ ولد . قال (ولو تزوّج أمة غيره فجاءت بولد ثم ملكها صارت أمّ ولد له) وكذا لو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم عادت إلى ملكه فهى أمّ ولد له ، لأن نسب الولد ثابت منه فتثبت أميّة الولد لأنها تتبعه على ما مرّ ، ولأن الاستيلاد حرّية تتعلق بثبوت النسب ، فاذا جاز أن يثبت النسب فى غير الملك جاز أن يثبت ما يتعلق به أيضا تبعا له ، بخلاف ما إذا ولدت منه من زنا على ما بينا . قال (ولو وطئ جارية ابنه فولدت وادّعاه ثبت نسبه وصارت أمّ ولد له ، وعليه قيمتها دون عقرها وقيمة ولدها) لأن للأب أن يتملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء للمأكل والمشرب ، فله أن يتملك جاريته للحاجة إلى صيانة مائه وبقاء نسله ، لأن كفاية الأب على ابنه لما مرّ فى النفقات ، إلا أن حاجته إلى صيانة مائه وبقاء نسله دون حاجته إلى بقاء نفسه ، فلهذا قلنا يتملك الجارية بقيمتها ، والطعام بغير قيمة ، ويثبت له هذا الملك قبيل الاستيلاد ليثبت الاستيلاد ، ولأن المصحح للاستيلاد إما حقيقة الملك أو حقه ، ولا بدّ من ثبوته قبل العلوق ليلاقى ملكه فيصحّ الاستيلاد ، وإذا صحّ فى ملكه لاعقر عليه ولا قيمة الولد لما أن العلوق حدث على ملكه ؛ ولو أن الابن زوّجها من الأب فولدت منه لم تصر أمّ ولد لأن ماءه صار مصونا بالنكاح فلا حاجة إلى الملك ولا قيمة عليه لأنه لم يملكها ، وعليه المهر لأنه التزمه بالنكاح وولدها حرّ لأنه ملكه أخوه فيعتق عليه لما بيناه ؛ وأصله أن هذا النكاح صحيح لأنه لاملك للأب فيها ، لأن الابن يملك فيها جميع التصرّفات وطئا وبيعا وإجارة وعتقا وكتابة وغير ذلك ، والأب لايملك شيئا من ذلك ، وأنه دليل انتفاء ملك الأب وعدم وجوب الحدّ على الأب بوطئها للشبهة ، وإذا انتفى ملك الأب جاز نكاحه كما إذا تزوّج الابن جارية الأب . قال (والجدّ كالأب عند انقطاع ولايته) لأنه يقوم مقامه ومع ولايته لاولاية للجدّ ، والولاية تنقطع بالكفر والرقّ والردّة واللحاق والموت . قال (جارية بين اثنين ولدت فادّعاه أحدهما ثبت نسبه) لأنه لما ثبت النسب فى نصفه لمصادفته ملكه ثبت فى الباقى لأنه لايتجزى ، لأن سببه وهو العلوق لايتجزى ، فان الولد الفرد لاينعلق من ماء رجلين وصارت أمّ ولد له

وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهَا وَنِصْفُ عُقْرِهَا وَلا شَيْءَ عَلَيْهِ مِنْ قِيمَةِ وَلَدِهَا ، وَإِنِ ادَّعَيَاهُ مَعًا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُمَا ويَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُمَا ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ عُقْرِهَا ، وَيَرِثُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كابْنٍ ، وَيَرِثانِ مِنْهُ كَأبٍ وَاحِدٍ .

وهذا عندهما ظاهر ، لأن الاستيلاد لايتجزى ، وأما عنده فنصيبه يصير أمّ ولد ويتملك نصيب صاحبه لأنه قابل للملك فيكمل له فيصير الكلّ أمّ ولد (وعليه نصف قيمتها) لأنه تملكه (و) عليه (نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة لأن الملك يتعقب الاستيلاد حكما له (ولا شيء عليه من قيمة ولدها) لأن النسب يثبت مستندا إلى وقت العلوق ولم ينعلق شيء منه على ملك شريكه . قال (وإن ادّعياه معا صارت أمّ ولد لهما) لصحة دعوى كلّ واحد منهما فى نصيبه فى الولد ، والاستيلاد يتبع الولد (ويثبت نسبه منهما) لما روى أن عمر رضى الله عنه كتب إلى شريح فىهذه الحادثة : لبسا فلبس عليهما ، ولو بينا لبين لهما ، هو ابنهما يرثهما ويرثانه ، وهو للباقى منهما ، وذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان إجماعا ، ومثله عن علىّ رضى الله عنه أيضا ، ولأنهما مستويان فى سبب الاستحقاق وهو الملك فيستويان فى الاستحقاق . وما روى من حديث المدلجى وأسامة بن زيد وفرح النبىّ عليه الصلاة والسلام . قلنا : لم يثبت ذلك عنده عليه الصلاة والسلام بقول القائف ، فإنه عليه الصلاة والسلام كان يعلم ذلك ولكن المشركون كانوا يطعنون فى نسب أسامة ، فكان قول القائف قاطعا لطعنهم ، لأنهم كانوا يعتقدونه فى الجاهلية لاأنه حكم شرعى ، فلذلك فرح النبىّ صلى الله عليه وسلم . وأما كون النسب لايتجزأ فتعلق به أحكام متجزئة ، فما لايتجزأ يثبت فىحقّ كلّ واحد منهما كملا ، وما يقبله يثبت فى حقهما متجزّئا عملا بالدلائل بقدر الإمكان (وعلى كل واحد منهما نصف عقرها) ويسقط قصاصا بماله على الآخر ، إذ لافائدة فى قبضه وإعطائه (ويرث من كلّ واحد منهما كابن) لأنه لما أقرّ أنه ابنه فقد أقرّ له بميراث ابن (ويرثان منه كأب واحد) لاستوائهما فى الاستحقاق كما إذا أقاما البينة ، فإن كانت الجارية بين أب وابن فهو للأب ترجيحا لجانبه لما له من الحقّ فى نصيب الابن كما تقدّم ، وإن كانت بين مسلم وذمى فهو للمسلم ترجيحا للإسلام . وقال زفر : هما سواء فى المسألتين لاستوائهما فى الملك الموجب . قلنا دعوة الأب راجحة بدليل أنه لو ادّعى نسب ولد جارية الابن يصحّ وبالعكس لا . والمسلم راجح بالإسلام ولأنه أنفع للصغير .

كتاب المكاتب

وَمَنْ كاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى مالٍ فَقَبِلَ صارَ مُكاتَبا . وَالصَّغيرُ الَّذى يَعْقِلُ كالكَبِيرِ ، وَسَوَاءٌ شَرَطَهُ حالاً أَوْ مُؤَجَّلاً أَوْ مُنَجَّما ، وَإِذَا صَحَّتِ الكِتابَةُ يَخْرُجُ عَنْ يَدِ المَوْلَى دُونَ مِلْكِهِ .

كتاب المكاتب

الكتابة مستحبة مندوبة ، قال تعالى - فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا - والمراد الندب ، لأن الإيجاب غير مراد بالإجماع ، ولوحملناه على الجواز يلزم ترك العمل بالشرط لأنها جائزة بدونه بالإجماع ، وقوله - إن علمتم فيهم خيرا - خرج مخرج العادة ، أو نقول : إن لم يعلم فيه خيرا فالأفضل أن لايكاتبه ، ولما فيها من السعى فى حصول الحرّية ومصالحها ، وهى مشروعة بما تلونا من الكتاب وبالسنة ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « من كاتب عبدا على مائة أوقية فأدّاها كلها إلا عشرة أواق فهو عبده » قال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وعلى جوازها الإجماع .

قال (ومن كاتب عبده على مال فقبل صار مكاتبا) أما الجواز فلما بينا ، وأما شرط القبول فلأنه مال يلزمه فلا بدّ من التزامه وذلك بالقبول ، ولا يعتق إلا بأداء جميع البدل لما روينا من الحديث ، فاذا أدّاه عتق ، وإن لم يقل له المولى إن أدّيته فأنت حرّ لأنه موجب العقد فيثبت من غير شرط كما فى البيع (والصغير الذى يعقل كالكبير) وهى فريعة الإذن للصبىّ العاقل قال (وسواء شرطه حالا أومؤجلا أومنجما) لإطلاق النصوص ؛ وقيد التأجيل زيادة على النصّ فيردّ كما فى سائر المعاوضات ؛ بخلاف السلم لأن المسلم فيه معقود عليه وهو بيع المفاليس على مابيناه فى السلم ، فلا بدّ من زمان يقدرعلى تحصيله ؛ أما هنا البدل معقود به فلا يشترط قدرته عليه كالثمن فى البيع إذا كان المشترى مفلسا أو أفلس بعد الشراء ، ويجوز أن يقترض البدل ويوفيه فى الحال ؛ أما المسلم فيه لو قدر عليه بأن كان له أو اقترضه لما باعه بأوكس الثمنين ولباعه فيمن يزيد بقيمة الوقت ، وإذا كاتبه حالا فكما امتنع من الأداء يردّ فى الرقّ لأنه عجز ، وعجز المكاتب يوجب ردّه إلى الرقّ . قال (وإذا صحت الكتابة يخرج عن يد المولى دون ملكه) حتى يصير أحقّ بمنافعه وأكسابه . لأن المطلوب من الكتابة وصول المولى إلى البدل ووصول العبد إلى الحرية بأداء بدلها ، ولا يتحقق ذلك إلا بفكّ الحجر عنه وثبوت حرّية اليد حتى يتجر ويكتسب ويؤدّى البدل ، فإذا أدّى عتق هو وأولاده بعتقه وخرج عن ملك المولى أيضا

وَإِذَا أَتْلَفَ المَوْلَى مالَهُ غَرِمَهُ . وَإِنْ وَطِئَ المُكاتَبَةَ فَعَلَيْهِ عُقْرُها ، وَلَوْ جَنَى عَلَيْها أَوْ عَلَى وَلَدِها لَزِمَهُ الأَرْشُ ؛ وَإِنْ أَعْتَقَ المَوْلَى المُكاتَبَ نَفَذَ عِتْقُهُ وَسَقَطَ عَنْهُ مالُ الكِتابَةِ ، وَهُوَ كالمَأْذُونِ فِى جَمِيعِ التَّصَرُّفاتِ ، إلاَّ أَنَّهُ لا يَمْتَنِعُ بِمَنْعِ المَوْلَى ، وَلَهُ أَنْ يُسافِرَ وَيُزَوِّجَ الأَمَةَ وَيُكاتِبَ عَبْدَهُ ، فَإِنْ أَدَّى قَبْلَهُ فَوَلاؤُهُ لِلْمَوْلَى ؛

عملا بمقتضى العقد كما مرّ . قال (وإذا أتلف المولى ماله غرمه) لما بينا أن أكسابه له ، فيكون المولى فيها كالأجنبى ، ولأنه لو لم يضمنه لتسلط على إتلافه فلا يقدر على أداء الكتابة فلا يحصل المقصود بالعقد (وإن وطئ المكاتبة فعليه عقرها) لأنه من أجزائها وهى أخصّ بها تحقيقا للمقصود وهو وصولها إلى الأداء ، ولهذا لو وطئت بشبهة أو جنى عليها كان عقرها وأرش الجناية لها . قال (ولو جنى عليها أو على ولدها لزمه الأرش) لما بينا قال (وإن أعتق المولى المكاتب نفذ عتقه) لبقائه على ملكه رقبة (وسقط عنه مال الكتابة) لحصول المقصود بدونه وهو العتق ، وكذلك لو أبرأه عن البدل أو وهبه منه فانه يعتق قبل أو لم يقبل لأنه أتى بمعنى العتق وهو إبراؤه من البدل وإسقاطه عنه ، إلا أنه إذا قال لاأقبل عتق وبقى البدل دينا عليه لأن هبة الدين ترتدّ بالردّ والعتق لا . قال (وهو كالمأذون فى جميع التصرّفات) ويمنع من التبرّعات إلا ما جرت به العادة كما عرف ثم ، لأن مقتضاها إطلاق تصرّفه فى التجارات للاكتساب كالمأذون (إلا أنه لايمتنع بمنع المولى) لأن ذلك يؤدّى إلى فسخ الكتابة ، والمولى لايملك فسخ الكتابة لأنه من جانبه تعليق العتق فلا يملك فسخه والرجوع عنه . قال (وله أن يسافر) لأنه من باب التجارة والاكتساب ، وإن شرط المولى أن لايخرج من بلده فله السفر استحسانا لأنه شرط يخالف موجب العقد ، وهو حرّية اليد والتفرّد بالتصرّف فيبطل ، إلا أنه لايفسد العقد لأنه لم يتمكن فى صلبه ، ومثله لايفسد الكتابة (ويزوّج الأمة) لأنه من الاكتساب فإنه يوجب لها النفقة والمهر ، بخلاف العبد فإنه يوجبهما فى رقبته قال (ويكاتب عبده) لأنه من أنواع الاكتساب فصار كالبيع بل هو أنفع لأنه لايزول ملكه عنه إلا بعد وصول البدل إليه ، وفى البيع يزول الملك بالعقد ؛ والقياس أنه لايجوز لأن مآله إلى العتق فصار كالإعتاق على مال ، وجوابه ما قلنا ، بخلاف العتق على مال ، فإنه بالعتق يخرج عن ملكه ، وقد لايصل إلى البدل لإفلاس العبد وعجزه عن الاكتساب ، ولأنه يوجب للمعتق أكثر ما وجب له ، والشىء لايتضمن ما هو فوقه ، بخلاف الكتابة فانه يثبت للثانى مثل ما ثبت له وفيه احتياط . قال (فان أدّى قبله فولاؤه للمولى) معناه : إذا أدّى المكاتب الثانى قبل الأوّل ، لأن للمولى فيه نوع ملك فيصحّ إضافة الإعتاق إليه لانه مسبب عند تعذّر إضافتها إلى المباشر كالوكيل،

وَإِنْ أَدَّى الأَوَّلُ قَبْلَهُ فَوَلَاؤُهُ لَهُ ، وَإِنْ وُلِدَ لَهُ مِنْ أَمَتِهِ وَلَدٌ فَحُكْمُهُ كَحُكْمِهِ وَكَسْبُهُ لَهُ ، وَكَذَلِكَ وَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ مَعَهَا . وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ مِنْ عَبْدِهِ ثُمَّ كَاتَبَهُمَا فَوَلَدَتْ دَخَلَ فِى كِتَابَةِ الأُمِّ ، وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ مَوْلَاهَا إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الكِتَابَةِ ، وَإِنْ شَاءَتْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَعَجَّزَتْ نَفْسَهَا ، وَإِنْ كَاتَبَ أُمَّ وَلَدِهِ جَازَ ، فَإِذَا مَاتَ سَقَطَ عَنْهَا مَالُ الكِتَابَةِ ، وَإِنْ كَانَتْ مُدَبَّرَةً جَازَ ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى وَلَا مَالَ لَهُ إِنْ شَاءَ سَعَى فِى ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ أَوْ جَمِيعِ بَدَلِ الكِتَابَةِ (سم) .

فإذا أدّى الأوّل بعد ذلك وعتق لم ينتقل إليه الولاء ، لأن المولى جعل معتقا بسبب صحيح فلا ينتقل عنه (وإن أدّى الأوّل قبله فولاؤه له) لأنه إذا أدّى الأوّل عتق وصار أهلا فيضاف إليه لأنه الأصل . قال (وإن ولد له من أمته ولد فحكمه كحكمه وكسبه له) لأنه لو كان حرّا عتق عليه ، فاذا كان مكاتبا يتكاتب عليه تحقيقا للصلة بقدر الإمكان ، وإذا دخل فى كتابته كان كسبه له ، لأن كسب ولده كسب كسبه . قال (وكذلك ولد المكاتبة معها) لأنه ثبت فيها صفة امتناع البيع فيسرى إلى الولد كالتدبير ونحوه . قال (ولو زوّج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت دخل فى كتابة الأمّ) لرجحان جانب الأمّ كما مرّ فى الحرّية والرقّ . قال (وإن ولدت من مولاها إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت صارت أمّ ولد له وعجزت نفسها) لأنه صار لها جهتا حرّية : عاجل ببدل الكتابة وآجل بغير بدل وهى أميّة الولد فتختار أيهما شاءت ، وولدها ثابت النسب من المولى لأن ملكه ثابت فى الأمّ وهو كاف للاستيلاد وهو حرّ ، لأن المولى يملك إعتاق ولدها ، فإن عجزت نفسها وصارت أمّ ولد فحكمها ما تقدّم ، وإن مضت على الكتابة فلها أخذ العقر لما قدّمناه ، فإن مات المولى بعد ذلك عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة ، وإن ماتت قبله وتركت مالا يؤدّى منه بدل الكتابة ، وما بقى يرثه ابنها كما عرف ، وإن لم يترك وفاء فلا سعاية على الولد لأنه حرّ ، فان ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى إلا بدعوة لحرمة وطئها عليه ، فان لم يدعه حتى ماتت من غير وفاء سعى الولد الثانى لأنه مكاتب تبعا لها ، فلو مات المولى بعدها عتق وبطلت عنه السعاية لأنه فى حكم أمّ الولد . قال (وإن كاتب أمّ ولده جاز) لما مرّ فى الاستيلاد (فإذا مات سقط عنها مال الكتابة) لأنها عتقت بالاستيلاد ، والبدل وجب لتحصيل العتق وقد حصل ، ويسلم لها الأولاد والأكساب لما بينا ، وإن أدّت قبل موت المولى عتقت بمقتضى عقد الكتابة (وإن كانت مدبرة جاز) لما مر فى التدبير (فإن مات المولى ولا مال له إن شاء سعى فى ثلثى قيمته أو جميع بدل الكتابة) وقال أبو يوسف : يسعى فى الأقلّ منهما . وقال محمد : يسعى فى الأقلّ

وَإِذَا كَاتَبَ المُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ ، أَوْ خِنْزِيرٍ ، أَوْ عَلَى قِيمَةِ العَبْدِ (س) ، أَوْ عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ إِلَيْهِ عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَهُوَ فَاسِدٌ ، فَإِنْ أَدَّى الخَمْرَ عَتَقَ (ز) .

من ثلثى قيمته وثلثى بدل الكتابة ، فالتخيير مذهب أبى حنيفة وحده ، ومحمد وحده خالف فى المقدار ، فخلافهم فى التخيير بناء على اختلافهم فى تجزى الإعتاق ؛ فعند أبى حنيفة لما تجزى عتق ثلثه بالموت وبقى ثلثاه فقد توجه له وجها عتق : معجل وهو السعاية بالتدبير ، ومؤجل ببدل الكتابة فيختار أيهما شاء ؛ وعندهما عتق كله لما عتق بعضه ، وقد وجب عليه أحد المالين فيؤدّى أقلهما لأنه يختار الأقلّ لامحالة ؛ ولمحمد فى المقدار أن البدل مقابل بالكل ، وقد سلم له الثلث بالتدبير فيسقط بقدره ، لأنه ما أوجب البدل فى مقابلة الثلثين ، ألا ترى أنه لو خرج من الثلث سقط عنه جميع البدل ، فإذا خرج ثلثه سقط الثلث وصار كما إذا دبر مكاتبه ومات فإنه يسعى فى الأقلّ من ثلثى القيمة وثلثى البدل كذا هذا . ولهما أنه قابل جميع البدل بثلثى رقبته فلا يسقط منه شىء ، وهذا لأنه بالتدبير استحقّ حرّية الثلث ظاهرا ، والعاقل لايلتزم المال بمقابلة ما يستحقه من حرّيته وصار كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كانت الألف مقابلة بالواحدة الباقية لدلالة الإرادة كذا هذا ، بخلاف ما إذا دبر مكاتبه لأن البدل مقابل بالجميع إذ لااستحقاق له فى شىء بالكتابة فافترقا .

فصـــل

(وإذا كاتب المسلم عبده على خمر ، أو خنزير ، أو على قيمة العبد ، أو على ألف على أن يردّ إليه عبدا بغير عينه فهو فاسد) لأن الخمر والخنزير ليسا بمال فى حقّ المسلم فلم يصلحا بدلا ، والقيمة مجهولة القدر والجنس والصفة ، فصار كالكتابة على ثوب أو دابة فإنه لايجوز لتفاحش الجهالة كذا هذا . وأما الثالثة فمذهب أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : هى جائزة ويقسم الألف على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد ويصير مكاتبا بالباقى ، لأنه لو كاتبه على عبد صح وانصرف إلى عبد وسط فكذا يصحّ استثناؤه منه . ولهما أن المستثنى مجهول فيوجب جهالة المستثنى منه ، ولأن العبد لايصحّ مستثنى من الألف ، وإنما المستثنى قيمته ، والقيمة لاتصلح بدلا فلا تصلح مستثنى : قال (فان أدّى الخمر عتق) باعتبار التعليق ، و إن لم ينصّ على التعليق ، لأن الفاسد معتبر بالجائز كالبيع . وقال زفر : لايعتق إلا بأداء قيمة الخمر ، لأن القيمة هى البدل . وقال أبو يوسف : يعتق بأداء كلّ واحد منهما ، أما الخمر فلأنه بدل صورة ،

وَإِذَا عَتَقَ بِأَدَاءِ الخَمْرِ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَفْسِهِ لَايَنْقُصُ عَنِ الْمُسَمَّى وَيُزَادُ عَلَيْهِ . وَفِيَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى قِيمَتِهِ يَعْتِقُ بِأَدَاءِ القِيمَةِ . وَالكِتَابَةُ عَلَى الدَّمِ وَالمَيْتَةِ بَاطِلَةٌ . وَعَلَى الحَيَوَانِ وَالثَّوْبِ كَالنِّكَاحِ وَلَوْ كَاتَبَ الذِّمِّيُّ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ جَازَ ، وَأَيُّهُمَا أَسْلَمَ فَلِلْمَوْلَى قِيمَةُ الخَمْرِ .

وأما البدل (١) فبدل معنى . وعن أبي حنيفة إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال : إن أديتها فأنت حرّ للتنصيص على التعليق ، وفى ظاهر الرواية لم يفصل على مامرّ . قال (وإذا عتق بأداء الخمر فعليه قيمة نفسه) كما قلنا فى البيع الفاسد إذا هلك المبيع (لاينقص عن المسمى ويزاد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند الهلاك بالغة ما بلغت كالمبيع فاسدا ، ولأن المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة خوفا من بطلان العتق فتجب الزيادة . قال (وفيا إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة) لأنه هو البدل فيعتق كالخمر ، وأثر الجهالة فى الفساد ، بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لايعتق بأداء ثوب لفحش الجهالة فإنه لايدرى أىّ ثوب أراد المولى ، ولا يثبت العتق بدون إرادته . قال (والكتابة على الدم والميتة باطلة) لأنهما ليسا بمال أصلا ولاموجب لها ، ولو علق العتق بأدائهما عتق بالأداء لوجود الشرط ولا شيء عليه لعدم المالية . قال (و) الكتابة (على الحيوان والثوب كالنكاح) إن عين النوع صحّ ، وإن أطلق لايصحّ وتمامه عرف فى النكاح ، ولو علق عتقه بأداء ثوب أو دابة أو حيوان فأدّى لايعتق (٢) الجهالة الفاحشة على ما بيناه ، وإن كاتبه على حيوان موصوف فأدّى القيمة أجبر على قبولها كما قلنا فى المهر . قال (ولو كاتب الذمىّ عبده على خمر جاز) إذا ذكر قدرا معلوما ، وكذلك إذا كاتبه على خنزير لأنه مال فى حقهم (وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر) لأنه إن كان العبد هو المسلم فهو ممنوع من تمليكها ، وإن كان المولى فهو ممنوع من تملكها فوجبت القيمة ، وأيهما أدّى عتق ، لأن القيمة تصلح بدلا كالكتابة على حيوان موصوف فيعتق بأيهما كان .

---

(١) قوله البدل ، لعله القيمة اهـ .

(٢) الذى فى الزيلعى هكذا : حتى لوأدّى قيمته أيضا لايعتق إلا إذا علقه قصداً ، بأن قال : إن أدّيت إلىّ ثوبا فأنت حرّ ، فحينئذ يعتق بأداء ثوب لأنه تعليق صريح فصار من باب الأيمان ، وهى تنعقد مع الجهالة كما ذكره الزيلعى انتهى ، والفرق أن الضمنى فى ضمن عقد فتضرّ معه الجهالة ، بخلاف القصدى فإنه يمين فلا تضرّ الجهالة فيه .

وَلَوْ كاتَبَ عَبْدَيْهِ كِتابَةً وَاحِدَةً إنْ أدَّيا عتَقا ، وَإنْ عَجَزَا رُدَّا إلى الرِّقّ ، وَلا يَعْتِقان إلاَّ بأداءِ الجَميعِ ، وَلا يَعْتِقُ أحَدُهُما بأداءِ نَصِيبِهِ ، فإنْ عَجَزَ أحَدُهُما فَرُدَّ إلى الرِّقّ ثُمَّ أدَّى الآخَرُ جَميعَ الكِتابَةِ عتَقا ، وَلَوْ كانا لِرَجُلَيْنِ فكاتَبَاهُما كَذَلكَ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما مُكاتَبٌ بِحِصَّتِهِ يَعْتِقُ بِأدَائِها ، وَإنْ كاتَبَهُما عَلَى أنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُما ضَامِنٌ عَنِ الآخَرِ جازَ ، فأيُّهُما أدَّى عتَقا ، وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِ ما أدَّى .

فصل

(ولو كاتب عبديه كتابة واحدة إن أدّيا عتقا ، وإن عجزا ردّا إلى الرّقّ ولا يعتقان إلاّ بأداء الجميع) لأن الكتابة واحدة وشرطه فيها معتبر (ولا يعتق أحدهما بأداء نصيبه) لما قلنا (فان عجز أحدهما فردّ إلى الرّقّ) إما بتصالحهما أو ردّه القاضى ولم يعلم الآخر بذلك (ثم أدّى الآخر جميع الكتابة عتقا) لأنهما كشخص واحد ؛ ألا ترى أنهما لايعتقان إلا بأداء الجميع ، فكذا لايردّان إلا بعجزهما ، ولأن الغائب يتضرّر بهذا القضاء لأنه لو نفذ تسقط حصته من البدل ولا يعتق بأداء حصته ، والحاضر ليس بخصم عنه فيما يضرّه ، وكذا لو سعى بعد ذلك وأدّى نجما أو نجمين ثم عجز وردّ فى الرّقّ فهو باطل ، لأن ردّه الأوّل لما لم يصحّ صار كالعدم فلا يتحقق العجز لاحتمال قدرة الأوّل . قال (ولو كانا لرجلين فكاتباهما كذلك فكل واحد منهما مكاتب بحصته يعتق بأدائها) لأن كل واحد منهما إنما استوجب البدل على مملوكه ، ويعتبر شرطه فى مملوكه لافى مملوك غيره ، بخلاف المسألة الأولى لأن شرطه معتبر فى حقهما لأنهما مملوكاه . قال (وإن كاتبهما على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر جاز) استحسانا ، ويجعل كل واحد منهما أصيلا فى وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف فى حقّ صاحبه تصحيحا لتصرّفهم لحاجتهم إلى الخروج عن الرق ، وإذا كان كذلك (فأيهما أدّى عتقا) لوجود الشرط (ويرجع على شريكه بنصف ما أدّى) لأنه قضى دينا عليه بأمره فيرجع عليه تحقيقا للمساواة بينهما ، ولو لم يرجع بشىء أو رجع بالجميع لاتحصل المساواة بينهما ، ولو أعتق المولى أحدهما قبل الأداء عتق لما بينا وسقطت حصته لما تقدّم ويبقى على الآخر النصف لأن البدل مقابل برقبتيهما على الحقيقة ، وإنما جعلناه على كلّ واحد منهما احتيالاً لصحة الكفالة وبعتق أحدهما استغنينا عن ذلك ، وإذا كان مقابلاً بالرقبتين تنصف وللمولى أن يأخذ بالنصف الباقى أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة ، ولو كاتب نصف عبده جاز وصار نصفه مكاتبا ، وعندهما يصير كله مكاتبا بناء على تجزى الإعتاق وعدمه

وَإِذَا ماتَ المُكاتَبُ وَتَرَكَ وَفاءً أُدِّيَتْ مُكاتَبَتُهُ وَحُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ فِى آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزاءِ حَياتِهِ وَيَعْتِقُ أَوْلادُهُ ، فإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ فَلِوَرَثَتِهِ ، فإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفاءً وَتَرَكَ وَلَدًا وُلِدَ فِى الكِتابَةِ سَعَى كالأَبِ ؛ وَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا مُشْتَرًى فإِنْ أَدَّى الكِتابَةَ حالاً وَإِلاَّ رُدَّ فِى الرِّقِّ (سم) ، وَإِذا ماتَ المَوْلَى أَدَّى الكِتابَةَ إِلَى وَرَثَتِهِ عَلَى نُجُومِهِ ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمْ لَمْ يَعْتِقْ ،

فيصير نصفه مكاتبا ونصفه مأذونا فى التجارة ، لأن الإذن لايتجزى ، ونصف أكسابه له ونصفها للمولى ، فإذا أدّى عتق نصفه وسعى فى نصف قيمته ، ولا حقّ للمولى فى أكسابه بعد العتق لأنه مستسعى وهو كالمكاتب عنده ، ولا حقّ للمولى فى أكساب المكاتب .

فصـــل

(وإذا مات المكاتب وترك وفاء أديت مكاتبته وحكم بحرّيته فى آخر جزء من أجزاء حياته ويعتق أولاده ، فإن فضل شىء فلورثته) روى ذلك عن علىّ وابن مسعود ، ولأنه عقد معاوضة لاينفسخ بموت أحدهما وهو المولى فلا ينفسخ بموت الآخر تسوية بينهما كما فى البيع ، ولأن البدل كان فى ذمته ولم تبق صالحة لذلك بالموت ، ولهذا حل به الأجل فينتقل إلى التركة كسائر الديون فخلت الذمة ، وخلوّ الذمة يوجب العتق ، إلا أنه لايحكم بالعتق حتى يصل المال إلى المولى مراعاة لحقه ، وليتحقق خلو ذمته لاحتمال هلاك تركته قبل الأداء ، فإذا وصل حكم بحرّيته فى آخر جزء من أجزاء حياته فيموت حر ويعتق أولاده تبعا له على ما قدّمناه ، فإن فضل شىء فلورثته لأنه حرّ وهم أحرار (فإن لم يترك وفاء وترك ولدا ولد فى الكتابة سعى كالأب) معناه على نجومه ، فاذا أدّى حكم بعتق ابنه قبل موته وعتق الولد لأنه داخل فى كتابة أبيه ، لأنه وقت العقد كان من أجزاء الأب متصلا به فورد العقد عليه فدخل فى كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه فى الأداء وصار كما إذا ترك وفاء. قال (وإن ترك ولدا مشترى فإن أدّى الكتابة حالا وإلا ردّ فى الرّقّ) وقالا : هو كالمولود فى الكتابة لأنه يتكاتب عليه تبعا له فاستويا . ولأبى حنيفة أن المشترى لم يدخل تحت العقد لأن العقد لم يضف إليه لانفصاله عن الأب وقت العقد فلا يسرى إليه حكمه ، بخلاف المولود فى الكتابة ، لأنه متصل به حالة العقد فسرى العقد إليه ودخل فى حكمه فسعى فى نجومه ، إلا أن المشترى إذا أدّى فى الحال يصير كأن المكاتب مات عن وفاء فيحكم بعتقه آخر عمره فيعتق ولده تبعا على ما بينا . قال (وإذا مات المولى أدّى الكتابة إلى ورثته على نجومه) لأنهم يخلفونه فى الاستيفاء (وإن أعتقه أحدهم لم يعتق) لعدم الملك

وَإنْ أعْتَقُوهُ جَمِيعا عَتَقَ ، وَإذَا عَجَزَ المُكاتَبُ عَنْ نَجْمٍ نَظَرَ الحاكِمُ ، فإنْ كانَ لَهُ مالٌ يَرْجُو وُصُولَهُ أنْظَرَهُ يَوْمَيْنِ أوْ ثَلاثَةً وَلا يُزَادُ عَلَيْها ، وَإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ جِهَةٌ عَجَّزَهُ (س) وَعادَ إلى أحْكامِ الرِّقِّ .

كتاب الولاء

وَهُوَ نَوْعانِ : وَلاءُ عَتاقَةٍ ، وَوَلاءُ مُوَالاةٍ ؛ وَسَبَبُ وَلاءِ العَتاقَةِ الإعْتاقُ ، وَعِتْقُ القَرِيبِ بالشِّراءِ ، وَالمُكاتَبِ بالأدَاءِ ، وَالمُدَبَّرِ ،

فإنه لايملك بسائر أسباب الملك فكذا بالإرث (وإن أعتقوه جميعا عتق) لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة ، لأن الإرث يجرى فى البدل ، والإبراء عنه موجب للعتق كما لو أبرأه المولى إلا أن إعتاق البعض لايوجب إسقاط نصيب من البدل ، لأنه لايمكن جعله إبراء مقتضى للعتق ولا عتق ، فإنه لو أعتقه البعض لايعتق ، ولا يمكن أن يجعله إبراء عن الكلّ لتعلق حقّ الغير به . قال (وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم ، فإن كان له مال يرجو وصوله أنظره يومين أو ثلاثة ولا يزاد عليها) لأن فى ذلك نظرا للجانبين ، والثلاث مدة تضرب لإبلاء الأعذار كما فى إمهال المديون للقضاء ونحوه (وإن لم يكن له جهة عجزه وعاد إلى أحكام الرقّ) وقال أبويوسف : لايعجزه حتى يتوالى عليه نجمان وهو مأثور عن علىّ رضى الله عنه . ولهما أن العجز سبب للفسخ وقد تحقق ، فإن من عجز عن نجم كان عن نجمين أعجز ، ولأنه فات مقصود المولى وهو وصول المال إليه عند حلول النجم فلم يكن راضيا فيفسخ ، واليومان والثلاثة لابدّ منهما لإمكان الأداء وليس بتأخير ، والأثر معارض بما روى « أن ابن عمر رضى الله عنهما عجز مكاتبة له حين عجزت عن نجم واحد وردّها إلى الرقّ فتعارضا » فإن عجز عن نجم عند غير القاضى فردّه مولاه برضاه جاز ، لأن الفسخ بالتراضى يجوز من غير عذر فبعذر أولى ، وإن أبى العبد ذلك فلا بدّ من القضاء بالفسخ لأنه عقد لازم فلا بدّ فى فسخه من القاضى أو الرضى كسائر العقود ، وإذا فسخه عاد إلى أحكام الرقّ ، لأن بالفسخ تصير الكتابة كأن لم تكن ، وما فى يده من أكسابه لمولاه لأنها كسب عبده ، والله أعلم .

كتاب الولاء

(وهو نوعان : ولاء عتاقة) ويسمى ولاء نعمة (وولاء موالاة ؛ وسبب ولاء العتاقة الإعتاق) لإضافته إليه ، والحكم يضاف إلى سببه ، وسواء كان ببدل أو بغير بدل أو للكفارة أو لليمين أو بالنذر (وعتق القريب بالشراء ، والمكاتب بالأداء ، والمدبر ،

وأمّ الوَلَدِ بالمَوْتِ إعْتاق ، ويَثْبُتُ لِلْمُعْتِقِ ذَكَرًا كانَ أوْ أُنْثَى ، وإنْ شَرَطَهُ لِغَيْرِهِ أوْ سائبةً وَلا يَنْتَقِلُ عَنْهُ أبدًا ، فإذا ماتَ فَهُوَ لأقْرَبِ عَصَبَتِهِ فَيَكُونُ لابْنِهِ دُونَ أبيهِ إذَا اجْتَمَعا ، وإن اسْتَوَوْا فى القُرْبِ فَهُمْ سَوَاءٌ ، ولَيْسَ لِلنِّساءِ مِنَ الوَلاءِ إلاَّ وَلاءُ مَنْ أعْتَقْنَ أوْ أعْتَقَ مَنْ أعْتَقْنَ أوْ جَرَّ وَلاءَ مُعْتَقِهِنَّ بأنْ زَوَّجَتْ عَبْدَها مُعْتَقَةَ الغَيْرِ فَوَلَدَتْ فَوَلاؤُهُ لِمَوالى الزَّوْجَةِ .

وأم الولد بالموت إعتاق) لأن جميع ذلك يضاف إليه فيكون من جهته فيدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » والمقصود من الولاء بنوعيه التناصر ، وكانت الجاهلية يتناصرون بأشياء : منها الحلف وغيره ، فقرّر صلى الله عليه وسلم تناصرهم بنوعى الولاء فقال « مولى القوم منهم » وقال « حليف القوم منهم » والمراد بالحليف مولى الموالاة فانهم كانوا إذا عقدوا عقد الولاء أكدوها بالحلف . قال (ويثبت للمعتق ذكرا كان أو أنثى ، وإن شرطه لغيره أو سائبة) (١) لاطلاق ما روينا (ولا ينتقل عنه أبدا) لأنه عتق على ملكه وتأكد السبب من جهته فلا ينتقل عنه (فاذا مات فهو لأقرب عصبته فيكون لابنه دون أبيه إذا اجتمعا) وفيه اختلاف ذكرته ودلائله فى الفرائض من هذا الكتاب بعون الله تعالى . قال (وإن استووا فى القرب فهم سواء) لاستوائهم فى العلة وهى القرابة والعصوبة . قال (وليس للنساء من الولاء إلا ولاء من أعتقن أو أعتق من أعتقن أو جرّ ولاء معتقهن) لأنهنّ لسن بعصبة ، أو لأن السبب النصرة ولسن من أهلها ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « ليس للنساء من الولاء إلا من أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو جرّ ولاء معتقهنّ أو معتق معتقهنّ » وهذا دليل على ثبوت الولاء لهنّ إذا أعتقن أو كنّ سببا فى الإعتاق ، وينفى ثبوت الولاء لهنّ بعد ذلك ، ويؤيد هذا حديث ابنة حمزة وقد ذكر فى الفرائض أيضا (٢) ، ولأنها ساوت الرجل فى السبب وهو الإعتاق ، فاذا استحقت ميراث معتقها فكذا معتق معتقها لأنها تسببت إلى عتقه ، ولأن معتقه ينسب إليها بالولاء ، وصورة جرّ ولاء معتقهنّ (بأن زوّجت عبدها معتقة الغير فولدت فولاؤه لموالى الزوجة) لأن الأب عبد لاولاء له ، فاذا أعتق جرّ ولاء ابنه إلى مواليه . وصورة معتق معتقهنّ إذا أعتقت عبدا فاشترى عبدا وزوّجه معتقة الغير فولدت منه فولاء أولادها لمواليها لما بينا ، فإذا أعتق معتق المرأة العبد جرّ ولاء أولاده إليه ،

---

(١) قوله أو سائبة ، معناه : إذا أعتق المولى عبده وشرط أن لايرثه يكون الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فيكون له الولاء ويرثه اه مصححه .

(٢) قوله وقد ذكر فى الفرائض أيضا ، ونصه : مات معتق لابنة حمزة رضى الله عنهما عن بنت ، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين اه مصححه

وَسَبَبُ وَلاءِ المُوَالاةِ العَقْدُ . وَصُورَتَهُ : إِذَا أَسْلَمَ عَلَى يَدِ رَجُلٍ وَوَالاهُ عَلَى أَنْ يَرِثَهُ وَيَعْقِلَ عَنْهُ فَقَالَ : أَنْتَ مَوْلَايَ تَرِثُنِي إِذَا مِتُّ ، وَتَعْقِلُ عَنِّي إِذَا جَنَيْتُ فَيَقْبَلُ الآخَرُ فَذَلِكَ صَحِيحٌ ، فَإِذَا مَاتَ وَلا وَارِثَ لَهُ وَرِثَهُ ،

ويكون ذلك الولاء لمعتقه ، فذلك جرّ ولاء معتق معتقها ، ولو أعتقت الأمّ وهى حامل فولدت لاينتقل الولاء عن مواليها أبدا لأن العتق ورد على الولد لأنه كان موجودا متصلا بها وقت العتق فلا ينتقل ولاؤه كما إذا أعتقه قصدا ، ويعرف ذلك إذا ولدته لأقلّ من ستة أشهر من يوم العتق على ماعرف ، وكذا إذا ولدت ولدين أحدهما لأقلّ من ستة أشهر لأنهما خلقا من ماء واحد ، والأصل فى جرّ الولاء قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب إلى الآباء فكذا الولاء ، فاذا امتنع إثباته إلى الأب المانع ، فاذا زال المانع عاد الولاء إلى الأب عملا بالأصل كولد الملاعنة ينسب إلى أمه ، فاذا أكذب الأب نفسه ثبت نسبه منه . وروى أن الزبير بن العوّام رأى بخيبر فتية لعسا (١) أعجبه ظرفهم وأمهم مولاة لرافع بن خديج وأبوهم عبد لبعض جهينة أو لبعض أشجع فاشترى أباهم فأعتقه وقال لهم انتسبوا إلىّ ، فقال رافع : بل هم موالىّ ، فاختصما إلى عثمان فقضى بالولاء للزبير من غير مخالفة من غيره . ولو أعتق الجدّ لايجر الولاء ، ولا يكون الصغير مسلما باسلام جدّه ، فان المسلمين لم يجعلوا الصغار مسلمين باسلام آدم ونوح عليهما الصلاة والسلام وهما جدّان . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يكون مسلما تبعا للجدّ ، ويجرّ الجدّ ولاءه لأن الجدّ بمنزلة الأب عند عدمه . قال (وسبب ولاء الموالاة العقد) والمطلوب منه التناصر ، وله ثلاثة شرائط : أن لايكون له معتق لأن ولاء العتاقة أقوى فيمنع ثبوت الأضعف . الثانى أن لايكون عربيا لأن العرب لايسترقون فلا يكون عليهم ولاء العتاقة فولاء الموالاة أولى . والثالث أن لاينتسب إلى أحد ولا يكون له نسب معروف ، وهو عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام لما سئل عمن أسلم على يدى رجل فقال « هو أحقّ الناس به محياه ومماته إن والاه » أى بميراثه لابشخصه . وروى أن رجلا أسلم على يد تميم الدارى ووالاه ، فقال له عليه الصلاة والسلام « هو أخوك ومولاك تعقل عنه وترثه » (وصورته : إذا أسلم على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه فقال : أنت مولاى ترثنى إذا متّ ، وتعقل عنى إذا جنيت فيقبل الآخر فذلك صحيح) وكذا إذا أسلم على يد رجل ووالى غيره صحّ (فإذا مات ولاوارث له ورثه) لما روينا وتمامه يعرف فى الفرائض ، ويدخل فى عقد الولاء الأولاد الصغار للتبعية والولاية ، وكذا كلّ من يولد له بعد ذلك ، ولأنهم

---

(١) قوله لعسا ، قال فى مختار الصحاح : اللعس بفتحتين : لون الشفة إذا كانت تضرب إلى السواد قليلا ، وذلك يستملح ، وبابه طرب ، يقال شفة لعساء وفتية ونسوة لعس اهـ .

وَلَهُ أنْ يفسَخَ عَقْدَ الوَلاءِ بالقَوْلِ وَالفِعْلِ ، فانْ عَقَلَ عَنْهُ أوْ عَنْ وَلَدِهِ لَيْسَ لَهُ ذلكَ ، وَإذَا أسْلَمَتِ المَرْأةُ وَوَالَتْ أوْ أقَرَّتْ بالوَلاءِ وفي يَدِها ابن صَغِيرٌ تَبِعَهَا (سم) في الوَلاءِ .

كتاب الأيمان

يتبعونه فى النسب فكذا فى الولاء ، فان أسلم له ابن كبير على يد آخر ووالاه صحّ لانقطاع ولايته عنه ، ومن شرطه أن يكون الموالى عاقلا بالغا حرّا حتى لايصحّ موالاة الصبىّ والعبد والمجنون ؛ ولو والى الصبىّ باذن الأب أو الوصىّ جاز والولاء للصبىّ ، وإن والى العبد باذن مولاه جاز وكان وكيلا عن مولاه ، ويقع الولاء للمولى ، لأن الصبىّ من أهل الولاء والعبد لا ، لأن حكم الولاء العقل والإرث والعبد ليس أهلا لذلك فيثبت الولاء لأقرب الناس منه وهو المولى . قال (وله أن يفسخ عقد الولاء بالقول والفعل) لأنه عقد غير لازم لأن الأعلى متبرّع بالقيام بنصرته و عقل جنايته، والأسفل متبرّع بجعله خليفته فى ماله والتبرّع غير لازم مالم يحصل به القبض أو العوض كالهبة . وله أن يفسخ بالقول بحضرة الآخر وبالفعل مع غيبته بأن يوالى غيره كعزل الوكيل بالقول يشترط علمه لأنه عزل قصدا وبالفعل لايشترط لأنه عزل حكما . قال (فإن عقل عنه أو عن ولده ليس له ذلك) لحصول العوض كالهبة ، وكذا إذا كبر أحد أولاده فليس له أن يرجع عنه بعد ما عقل لما ذكرنا أنه دخل فى عقده وولائه قال (وإذا أسلمت المرأة ووالت أو أقرّت بالولاء وفى يدها ابن صغير تبعها فى الولاء) وقالا : لايتبعها لأنه لاولاية لها على ماله فعلى نفسه أولى ، وله أنه بمنزلة النسب وهو نفع محض فيملكه عليه كقبض الهبة ، والله أعلم .

كتاب الأيمان

وهو جمع يمين ، واليمين فى اللغة : القوّة ، قال تعالى ـ لأخذنا منه باليمين ـ أى بالقوّة والقدرة منا ، وقيل فى قوله تعالى ـ إنكم كنتم تأتوننا عن اليمين ـ أى تتقوّون علينا ، وقال :

إذا ما راية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين

وهى الجارحة أيضا ، وهى مطلق الحلف بأىّ شىء كان من غير تخصيص ، وقوله تعالى ـ فراغ عليهم ضربا باليمين ـ يحتمل الوجوه الثلاثة : أى بيده اليمنى أو بقوّته أو بحلفه ، وهو قوله ـ وتالله لأكيدنّ أصنامكم ـ . وفى الشرع نوعان : أحدهما القسم ، وهو مايقتضى تعظيم المقسم به ، فلهذا قلنا لايجوز إلا بالله تعالى ، قال عليه الصلاة والسلام « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر » وفيها المعنى اللغوى ، لأن فيها الحلف ، وفيها معنى القوّة لأنهم يقوّون كلامهم ويوثقونه بالقسم بالله تعالى ، وكانوا إذا تحالفوا أو تعاهدوا يأخذون

اليَمِينُ باللهِ تَعالى ثَلاثَةٌ : غَمُوسٌ ، وَهِيَ الحَلِفُ عَلى أَمْرٍ ماضٍ أَوْ حالٍ يَتَعَمَّدُ فيها الكَذِبَ فَلا كَفّارَةَ فيها . وَلَغْوٌ : وَهِيَ الحَلِفُ عَلى أَمْرٍ يَظُنُّهُ كَما قالَ وَهُوَ بِخِلافِهِ ، فَنَرْجُو أَنْ لايُؤاخِذَهُ اللهُ بِها . وَمُنْعَقِدَةٌ : وَهِيَ الحَلِفُ عَلى أَمْرٍ فِي المُسْتَقْبَلِ لِيَفْعَلَهُ أَوْ يَتْرُكَهُ ،

باليمين التى هى الجارحة . الثانى الشرط والجزاء ، وهو تعليق الجزاء بالشرط على وجه ينزل الجزاء عند وجود الشرط كقوله : إن لم آتك غدا فعبدى حرّ ، وهذا النوع ثبت بالاصطلاح الشرعى ولم ينقل عن أهل اللغة وفيه معنى القوّة والتوثق أيضا ، لأن اليمين تعقد للحمل على فعل المحلوف عليه أو للمنع عن فعله ، فان الإنسان يعلم كون الفعل مصلحة ولا يفعله لنفور الطبع عنه ، ويعلم كونه مفسدة ولايمتنع عنه لميله إليه وغلبة شهوته ، فاحتاج فى تأكيد عزمه على الفعل أو الترك إلى اليمين ، وكما أن اليمين بالله تعالى تحمله أو تمنعه لما يلازمها من الإثم بهتك الاسم المعظم والكفارة ، فكذلك الشرط والجزاء يحمله ويمنعه لما يلازمه من زوال ملك النكاح وملك الرقبة وغير ذلك فيحصل المنع والحمل بكل واحدة من اليمينين فألحقناها بها لاشتراكهما فى المعنى ، واليمين مشروعة فى المعاهدات والخصومات توكيدا وتوثيقا للقول ، قال تعالى ـ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ـ وقال عليه الصلاة والسلام « لاتحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت ، من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر » والأفضل أن يقلل الحلف بالله تعالى ، والحلف بغير الله تعالى قيل يكره لقوله عليه الصلاة والسلام « ملعون من حلف بالطلاق وحلف به » وقيل إن أضيف إلى المستقبل لايكره وإلى الماضى يكره ، وهذا حسن لأنها مستعملة فى العهود والمواثيق بين المسلمين من غير نكير . والحديث محمول على الإضافة إلى الماضى بالإجماع ، وهى من أيمان السفلة . قال (اليمين بالله تعالى ثلاثة : غموس ، وهى الحلف على أمر ماض أو حال يتعمد فيها الكذب فلا كفارة فيها . ولغو : وهى الحلف على أمر يظنه كما قال وهو بخلافه ، فنرجو أن لايؤاخذه الله بها . ومنعقدة : وهى الحلف على أمر فى المستقبل ليفعله أو يتركه) فإذا حنث فيها فعليه الكفارة ، وبيان ذلك أن اليمين إما أن تكون على الماضى أو على الحال أو على المستقبل ، فان كانت على الماضى أو على الحال ، فإما أن يتعمد الكذب فيها وهى الأولى ، أو لم يتعمد وهى الثانية ، وإن كانت على المستقبل فهى الثالثة ، سواء كان عمدا أو ناسيا مكرها أو طائعا على ما نبينه إن شاء الله تعالى . أما الغموس فليست يمينا حقيقة ، لأن اليمين عقد مشروع على ما بينا وهذه كثيرة فلا تكون مشروعة ، وتسميتها يمينا مجاز لوجود صورة اليمين كما نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الحرّ سماه بيعا مجازا ، قالوا : وسميت غموسا لأنها تغمس صاحبها فى نار جهنم ، ولهذا قلنا لا كفارة فيها . **واليمين على**

وَهِيَ أَنْوَاعٌ : مِنْهَا مَا يَجِبُ فِيهِ البِرّ كَفِعْلِ الفَرَائِضِ وَمَنْعِ المَعَاصِي ، وَنَوْعٌ يَجِبُ فِيهِ الحِنْثُ كَفِعْلِ المَعَاصِي وَتَرْكِ الوَاجِباتِ ، وَنَوْعٌ الحِنْثُ فِيهِ خَيْرٌ

الماضى مثل قوله : والله ما فعلت كذا وهو يعلم أنه فعله ، أو والله لقد فعلت كذا وهو يعلم أنه لم يفعله ، والحال أن يقول : والله ما لهذا علىّ دين وهو يعلم أن له عليه ، فهذه اليمين لاتنعقد ولا كفارة فيها وإنما التوبة والاستغفار وأمره إلى الله تعالى ، قال عليه الصلاة والسلام « خمس من الكبائر لا كفارة فيهنّ الشرك بالله ، وعقوق الوالدين ، وبهت المسلم (١) والفرار من الزحف ، واليمين الغموس » وقال عليه الصلاة والسلام « اليمين الغموس تدع الديار بلاقع » ولم يذكر فيها الكفارة ، ولو وجبت لذكرها تعليما ، أو نقول : لو كان لها كفارة لما دعت الديار بلاقع لأن الكفارة اسم لما يستر الذنب فترفع إثمه وعقوبته كغيرها من الذنوب ولأنها كبيرة بالحديث ، والكفارة عبادة لأنها تتأدّى بالصوم ويشترط فيها النية فلا يتعلق بها ، ولأن الله تعالى أوجب الكفارة بقوله ـ بما عقدتم الأيمان فكفارته ـ والعقد ما يتصوّر فيه الحل والعقد ، وذلك لايتصوّر فى الماضى . وأما اللغو كقوله : والله ما دخلت الدار ، أو ماكلمت زيدا يظنه كذلك وهو بخلافه ويكون فى الحال أيضا كقوله : والله إن المقبل لزيد فإذا هو عبد الله ، والأصل فيه قوله تعالى ـ لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ـ . وحكى محمد عن أبى حنيفة أن اللغو ما يجرى بين الناس من قوله : لاوالله وبلى والله ، وعن عائشة مثله موقوفا ومرفوعا ، وعن ابن عباس هو الحلف على يمين كاذبة وهو يرى أنه صادق ، فإن قيل كيف يقول محمد بن الحسن نرجو أن لايؤاخذه الله بها ، والله تعالى نفى المؤاخذة قطعا ، فالجواب من وجهين : أحدهما أن العلماء اختلفوا فى تفسير اللغو ، فقال محمد : نرجو أن لايؤاخذه الله تعالى باليمين على الوجه الذى فسره لاحتمال أنها غيره . والثانى أن الرجاء على وجهين : رجاء طمع ، ورجاء تواضع ، فجاز أن محمدا ذكر ذلك على سبيل التواضع . وروى ابن رستم عن محمد : لايكون اللغو إلا فى اليمين بالله . وقد عبر عنه الكرخى فقال : ما كان المحلوف به هو الذى يلزمه بالحنث فلا لغو فيه ، وذلك لأن من حلف بالله على أمر يظنه كما قال وليس كذلك لغا المحلوف عليه وبقى قوله والله فلا يلزمه شىء ، واليمين بغير الله تعالى يلغو المحلوف عليه ويبقى قوله امرأته طالق أو عبده حرّ أو عليه الحجّ فيلزمه . (و) أما المنعقدة ف(هى أنواع : منها ما يجب فيه البرّ كفعل الفرائض ومنع المعاصى) لأن ذلك فرض عليه فيتأكد باليمين (ونوع يجب فيه الحنث كفعل المعاصى وترك الواجبات) قال عليه الصلاة والسلام « من حلف أن يطيع الله فليطعه ، ومن حلف أن يعصيه فلا يعصه » (ونوع الحنث فيه خير

(١) قوله وبهت المسلم ، بفتح الباء وسكون الهاء : افتراء الكذب عليه .

مِنَ البِرِّ كَهِجْرَانِ المُسْلِمِ وَنَحْوِهِ ، وَنَوْعٌ هُمَا عَلَى السَّوَاءِ ، فَحِفْظُ اليَمِينِ فِيهِ أَوْلَى ، وَإِذَا حَنِثَ فَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ : إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ رَقَبَةً ، وَإِنْ شَاءَ أَطْعَمَ عَشَرَةَ مَسَاكِينَ أَوْ كَسَاهُمْ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ ، وَلَا يَجُوزُ التَّكْفِيرُ قَبْلَ الحِنْثِ ،

من البرّ كهجران المسلم ونحوه) قال عليه الصلاة والسلام « من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت التى هى خير وليكفر عن يمينه » ولأن الحنث ينجبر بالكفارة ولا جابر للمعصية (ونوع هما على السواء ، فحفظ اليمين فيه أولى) قال تعالى ـ واحفظوا أيمانكم ـ أى عن الحنث . قال (وإذا حنث) يعنى فى الأيمان المستقبلة (فعليه الكفارة) لقوله تعالى ـ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ـ قال (إن شاء أعتق رقبة ، وإن شاء أطعم عشرة مساكين أو كساهم ، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات) قال تعالى ـ فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة ـ خير فيكون الواجب أحدها ، ثم قال ـ فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ـ . قرأ ابن مسعود رضى الله عنه : ثلاثة أيام متتابعات وقراءته مشهورة فكانت كالخبر المشهور ، والكلام فى الرقبة والطعام والتفصيل فى ذلك مرّ فى الظهار . وأما الكسوة فهو اسم لما يكتسى به ، والمقصود منها ردّ العرى ؛ وكل ثوب يصير به مكتسيا يسمى كسوة وإلا فلا ، فإذا اختار الحانث الكسوة كسا عشرة مساكين كل مسكين ما ينطلق عليه اسم الكسوة . وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف أن أدناه ما يستّر عامة بدنه فلا يجوز السراويل لأن لابسه يسمى عريانا عرفا . وعن محمد أدناه ما تجوز فيه الصلاة فلا يجوز الخفّ ولا القلنسوة لأن لابسهما لايسمى مكتسيا ولهذا لاتجوز فيها الصلاة ، وقيل لكل مسكين إزار ورداء وقميص ، وقيل كساء وقيل ملحفة ، وقيل يجوز الإزار إن كان يتوشح به ، وإن كان يستّر عورته دون البدن لايجوز كالسراويل . وعلى قول محمد يجوز لأنه يجوز فيه الصلاة . وعن أبى حنيفة فى العمامة إن كانت سابغة قدر الإزار السابغ أو ما يقطع منه قميص يجوز وإلا فلا ، وما لايجزيه فى الكسوة يجزيه عن الإطعام باعتبار القيمة إذا نواه ، ولا تتأدّى الكفارة إلا بفعل يزيل ملكه عن العين ليكون زاجرا ورادعا له فيتحقق معنى العقوبة فلا بدّ فيه من التمليك ، ولو أعاره لايجوز لأنه لايزول ملكه عن العين ، بخلاف الطعام حيث يجوز فيه الإباحة ، لأن ملكه يزول عن الطعام بالإباحة كما يزول بالتمليك ، ولو كفر عنه غيره بأمره جاز ، وبغير أمره لايجوز كما فى الزكاة لأنها عبادة أو عقوبة ، فلا بدّ من الإتيان بنفسه أو نائبه وذلك بالإذن لينتقل فعله إليه . قال (ولا يجوز التكفير قبل الحنث) لقوله عليه الصلاة والسلام

وَالقَاصِدُ وَالْمُكْرَهُ وَالنَّاسِي فِي اليَمِينِ سَوَاءٌ .

فصــــل

وَحُرُوفُ القَسَمِ : الباءُ ، وَالوَاوُ ، وَالتَّاءُ ؛

« من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت التي هي خير وليكفر عن يمينه » وروى « ثم ليكفر يمينه » أمر وأنه يقتضي الوجوب ولا وجوب قبل الحنث ، أو نقول : إذا حنث يجب عليه أن يكفر بالأمر ، ولأن الكفارة ساترة والستر يعتمد ذنبا أو جناية ولم يوجد قبل الحنث لأن الجناية هي الحنث لما يتعلق به من هتك حرمة اسم الله تعالى واليمين ما نعة من ذلك فلا تكون سببا مفضيا إلى الحنث ، بخلاف ما إذا كفر بعد الجرح قبل زهوق الروح ، لأن الجرح سبب مفض إلى الزهوق غالبا ، وبخلاف ما إذا أدّى الزكاة بعد النصاب قبل الحول لأن السبب المال . قال (والقاصد والمكره والناسي في اليمين سواء) قال عليه الصلاة والسلام « ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ : الطلاق والنكاح والأيمان » وعن عمر رضي الله عنه : أربعة لاردّيدى (١) فيهن وعدّ منها الأيمان . وروى « أن المشركين استحلفوا حذيفة وأباه أن لايعينا رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فقيل لرسول الله فقال : يفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم » فحكم بصحة اليمين مع الإكراه ، والكلام في الإكراه مضى في بابه ، ولأن شرط الحنث هو الفعل ، ووجود الفعل حقيقة لايعدمه الإكراه والنسيان ، ولا يصح يمين الصبيّ والمجنون والنائم لما مرّ في الطلاق .

فصــــل

(وحروف القسم : الباء ، والواو ، والتاء) هو المعهود المتوارث ، وقد ورد بها القرآن . قال تعالى ـ والله ربنا ـ وقال ـ يحلفون بالله ـ وقال ـ تالله لقد أرسلنا ـ ، ولله يمين أيضا لأن اللام تبدل من الباء ، قال تعالى ـ آمنتم به ـ و ـ آمنتم له ـ ، والأصل فيه أن حرف الباء للإلصاق وضعا والواو بدل عنه فانه للجمع ، وفي الإلصاق معنى الجمع ، والتاء بدل من الواو ، وكقولهم : تراث ، وتجاه ؛ فلما كانت الباء أصلا صلحت للقسم في اسم الله وسائر الأسماء ؛ وفي الكناية كقولهم : بك لأفعلنّ كذا ، وكون الواو بدلا عنها نقصت عنها فصلحت في الأسماء الصريحة دون الكناية ، وكون التاء بدل البدل اختصت باسم الله وحده ، ولم تصلح في غيره من الأسماء ولا في الكناية .

(١) قوله ردّيدى ، قال في مختار الصحاح : والردّيدى مقصور بكسر الراء والدال وتشديدها الردّ . وفي الحديث « لاردّيدى في الصدقة » .

وَتُضْمَرُ الحُرُوفُ فَتَقُولُ : اللهِ لاأفْعَلُ كَذَا ؛ وَالْيَمِينُ باللهِ تَعالى وَبأسْمائِهِ ، وَلا يَحْتَاجُ إلى نِيَّةٍ إلاَّ فِيما يُسَمَّى بِهِ غَيْرُهُ كالحَكِيمِ وَالعَلِيمِ ، وَبِصِفاتِ ذَاتِهِ كَعِزَّةِ اللهِ وَجَلالِهِ ، إلاَّ وَعِلْمِ اللهِ فَلا يَكُونُ يَمِينا ، وكَذَلِكَ وَرَحْمَةِ اللهِ وَسَخَطِهِ وَغَضَبِهِ ؛

قال (وتضمر الحروف فتقول : الله لاأفعل كذا) ثم قد ينصب لنزع الخافض ، وقد يخفض دلالة عليه وهو خلاف بين البصريين والكوفيين والنبيّ عليه الصلاة والسلام حلف الذى طلق امرأته ألبتة « الله ما أردت بالبتة إلا واحدة » والحذف من عادة العرب تخفيفا ؛ والحلف فى الإثبات أن يقول : والله لقد فعلت كذا ، أو والله لأفعلنّ كذا مقرونا بالتأكيد وهو اللام والنون ، حتى لو قال : والله لأفعل كذا اليوم فلم يفعله لاتلزمه الكفارة ، لأن الحلف فى الإثبات لايكون إلا بحرف التأكيد لغة ؛ أما فى النفى يقول : والله لاأفعل كذا ، أو والله ما فعلت كذا . قال (واليمين بالله تعالى وبأسمائه) لأنه يجب تعظيمه ولا يجوز هتك حرمة اسمه أصلا ، ولأنه متعاهد متعارف ، والأيمان مبنية على العرف ، فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا ومالا فلا ، لأن قصدهم ونيتهم تنصرف إلى الحقيقة العرفية كما ينصرف عند عدم العرف إلى الحقيقة اللغوية ، لأن الحقيقة العرفية قاضية على اللغوية لسبق الفهم إليها . قال (ولا يحتاج إلى نية إلا فيما يسمى به غيره كالحكيم والعليم) فيحتاج إلى النية ، وقيل لايحتاج فى جميع أسمائه ويكون حالفا ، لأن الحلف بغير الله تعالى لايجوز ، والظاهر أنه قصد يمينا صحيحة فيحمل عليه فيكون حالفا ، إلا أن ينوى غير الله تعالى لأنه نوى محتمل كلامه . وعن محمد : وأمانة الله يمين ، فلما سئل عن معناه قال : لاأدرى كأنه وجد العرب يحلفون بذلك عادة فجعله يمينا . وعن أبى يوسف ليس بيمين لاحتمال أنه أراد الفرائض ، ذكره الطحاوى . قال (وبصفات ذاته كعزّة الله وجلاله ، إلا وعلم الله فلا يكون يمينا ، وكذلك ورحمة الله وسخطه وغضبه) ليس بيمين .

اعلم أن الصفات ضربان : صفات الذات ، وصفات الفعل ، والفرق بينهما أن كل ما يوصف به الله تعالى ، ولا يجوز أن يوصف بضدّه فهو من صفات ذاته ، كالقدرة والعزّة والعلم والعظمة ، وكلّ ما يجوز أن يوصف به وبضدّه فهو من صفات الفعل كالرحمة والرأفة والسخط والغضب ؛ فما كان من صفات الذات إذا حلف به يكون يمينا إلا وعلم الله ، لأن صفات الله تعالى قديمة كذاته ، فما تعارف الناس الحلف به صار ملحقا بالاسم والذات فيكون يمينا وإلا فلا ، وعلم الله ليس بمتعارف حتى قال عامة المشايخ : لايكون يمينا وإن نواه لعدم التعارف ، وعند بعضهم يكون يمينا كغيرها من الصفات ، ولأن صفات الذات لما لم يكن لها معنى غير الذات كان ذكرها كذكر الذات فكان قوله

وَالحلِفُ بِغَيْرِ اللهِ تَعالى لَيْسَ بِيَمِينٍ كالنَّبِيِّ وَالقُرآنِ وَالكَعْبَةِ ، والبَرَاءةُ مِنْهُ يَمِينٌ ،

وقدرة الله كقوله ، والله القادر ؛ وهو القياس فى العلم لأنه من صفات الذات إلا أنه جرت العادة أن العلم يذكر ويراد به المعلوم ، ومعلوم الله تعالى غيره . قال النسفى : وهذا لايستقيم على مذهب أهل الحقّ ، والصحيح أن كلها صفات الله تعالى قائمة بذاته والحلف بها حلف بالله ، والفرق الصحيح ماقاله محمد إن هذه الأشياء يراد بها غير الصفة ، فلهذا لم يصر به حالفا بالشكّ ، فالرحمة تذكر ويراد بها المطر والنعمة ويراد بها الجنة ، قال تعالى ـ ففى رحمة الله هم فيها خالدون ـ . والسخط والغضب يراد بهما ما يقع من العذاب فى النار ، والرضى يراد به ما يقع من الثواب فى الجنة فصار حالفا بغير الله من هذا الوجه . قال (والحلف بغير الله تعالى ليس بيمين كالنبىّ والقرآن والكعبة ، والبراءة منه يمين) والأصل فى هذا أن الحلف بغير الله تعالى لايجوز لما روينا ، وروى أنه عليه الصلاة والسلام سمع عمر يحلف بأبيه فقال « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، من كان حالفا فليحلف بالله أو فليصمت » وروى « من حلف بغير الله فقد أشرك » ولأن الحلف تعظيم المحلوف به ولا يستحقه إلا الله تعالى ، وإذا لم يجز الحلف بغير الله تعالى لايلزمه به كفارة لأنه ليس بيمين ، ولم يهتك حرمة منع من هتكها على التأبيد ويدخل فى ذلك ما ذكرنا ؛ أما النبى والكعبة فظاهر ؛ وأما القرآن فهو المجموع المكتوب فى المصحف بالعربية لأنه من القرء وهو الجمع وأنه يقتضى الضمّ والتركيب وذلك من صفات الحادث فيكون غير الله تعالى وغير صفاته ، لأن صفاته قائمة بذاته أزلية كهو ، حتى لو حلف بكلام الله كان يمينا لأن كلامه صفة قائمة بذاته لا يوصف بشىء من اللغات ، لأن اللغات كلها محدثة مخلوقة أو اصطلاحية على الاختلاف فلا يجوز أن تكون قديمة ، بل هى عبارة عن القديم الذى هو كلام الله تعالى هذا مذهب أهل السنة والجماعة من أصحابنا ، وكذلك دين الله وطاعة الله وشرائعة وأنبيائه وملائكته وعرشه وحدوده والصلاة والصوم والحج والبيت والكعبة والصفا والمروة والحجر الأسود والقبر والمنبر لأن جميع ذلك غير الله تعالى ، قال عليه الصلاة والسلام « لاتحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت ولا بحدّ من حدود الله ولا تحلفوا إلا بالله » قال أبو حنيفة : لايحلف إلا بالله متجرّدا بالتوحيد والإخلاص . وأما البراءة من ذلك فيمين كقوله : إن فعلت كذا فأنا برىء من القرآن أو من الكعبة أو من هذه القبلة أو من النبىّ ، لأن البراءة من هذه الأشياء كفر ؛ وكذا إذا قال : أنا برىء مما فى المصحف أو من صوم رمضان أو من الصلاة أو من الحجّ ، وأصله أن كلّ ما يكون اعتقاده كفرا ولا تحله الشريعة ففيه الكفارة إذا حنث ، لأن الكفر لاتجوز استباحته على التأبيد لحقّ الله تعالى فصار كحرمة اسمه ، ومن

وَحَقِّ اللهِ لَيْسَ بِيَمِينٍ ، وَالْحَقِّ يَمِينٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللهِ ، أَوْ هُوَ زَانٍ أَوْ شَارِبُ خَمْرٍ فَلَيْسَ بِيَمِينٍ، وَلَوْ قَالَ: هُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ فَهُوَ يَمِينٌ ،وَلَوْ قَالَ : لَعَمْرُ اللهِ ، أَوْ وَايْمِ اللهِ ، أَوْ وَعَهْدِ اللهِ، أَوْ وميثاقِهِ ، أَوْ عَلَيَّ نَذْرٌ ، أَوْ نَذْرُ اللهِ فَهُوَ يَمِينٌ ؛ وَلَوْ قَالَ: أَحْلِفُ ، أَوْ أُقْسِمُ ، أَوْ أَشْهَدُ ، أَوْ زَادَ فِيهَا ذِكْرَ اللهِ تَعَالَى فَهُوَ يَمِينٌ ؛

هذا أنا أعبد الصليب أو أعبد من دون الله إن فعلت كذا ، ولو قال الطالب الغالب : إن فعلت كذا فهو يمين للعرف ، ولو قال (وحقّ الله ليس بيمين) وروى عن أبي يوسف، أنه يمين ، لأن الحق من صفات الله تعالى وهو حقيقة كأنه قال : والله الحق ، ولأن الحلف به معتاد وهو المختار اعتبارا للعرف ، ولهما ما روى « أن رسول الله عليه الصلاة والسلام سئل عن حقّ الله تعالى على عباده ؟ فقال : أن تعبدوه ولا تشركوا به شيئا » فصار كقوله والطاعات والعبادات ، ولو قال كذلك ليس يمين . قال (والحق يمين) لأنه من أسماء الله تعالى ، ولوقال حقا لايكون يمينا لأنه يراد به تأكيد الكلام وتحقيق الوعد .وقال الطحاوى : حقا كقوله وأجبا علىّ فهو يمين . قال (ولوقال : إن فعلت كذا فعليه لعنة الله أو هو زان أو شارب خمر فليس بيمين) وكذلك غضب الله وسخط الله عليه لأنه غير متعارف فى الأيمان (ولو قال : هو يهودى أو نصرانى فهو يمين) لقول ابن عباس : من حلف باليهودية والنصرانية فهو يمين ، ولأنه لما جعل الشرط دليلا على الكفر فقد اعتقد الشرط واجب الامتناع ، وقد أمكن جعله واجبا لغيره بجعله يمينا كما قلنا فى تحريم الحلال ، ولوقال ذلك لشىء فعله فهو غموس ، ثم قيل لايكفر اعتبارا بالمستقبل ، وقيل يكفر كأنه قال هو يهودى إذ التعليق بالماضى باطل ؛ والصحيح أنه إن علم أنه يمين لايكفر فيها وإن كان يعتقد أنه يكفر بالحنث يكفر فيهما ، لأنه لما أقدم على الحنث فقد رضى بالكفر وعلى هذا هو مجوسى أو كافر ونحوه . قال (ولو قال : لعمر الله ، أو وايم الله ، أو وعهد الله ، أو وميثاقه أو علىّ نذر ، أو نذر الله فهو يمين) أما عمر الله فهو بقاء والبقاء من صفات الله ، ولأن الله تعالى أقسم به فقال ـ لعمرك إنهم لفى سكرتهم يعمهون ـ وأما وايم الله فمعناه أيمن الله وهو جمع يمين وأنه متعارف ، وأما عهد الله فلقوله تعالى ـ وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ـ ثم قال ـ ولا تنقضوا الأيمان ـ سمى العهد يمينا ، والميثاق هو العهد عرفا ، والنذر يمين . قال عليه الصلاة والسلام « النذر يمين وكفارته كفارة يمين » . وقال عليه الصلاة والسلام « من نذر نذرا وسماه فعليه الوفاء به ، ومن نذر ولم يسمّ فعليه كفارة يمين » قال (ولو قال : أحلف ، أو أقسم ، أو أشهد ، أو زاد فيها ذكر الله تعالى فهو يمين) وكذا قوله أعزم ، أو أعزم بالله ، أو على يمين ، أو يمين الله . وعن محمد : إذا قال أعزم

ومَنْ حَرَّمَ عَلى نَفْسِهِ ما يمْلِكُهُ فإنِ استَبَاحَهُ أوْ شَيْئًا مِنْهُ لَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ ، وَلَوْ قالَ : كُلُّ حَلالٍ عَلَيَّ حَرَامٌ فَهُوَ عَلى الطَّعامِ وَالشَّرابِ إلاَّ أنْ يَنْوِيَ غَيْرَهُما ،

أو أعزم بالله لاأعرفه عن أبي حنيفة . وقال زفر : أحلف وأقسم وأشهد لايكون يمينا إلا أن يذكر اسم الله تعالى لأنه احتمل الحلف والقسم بالله ، ويحتمل بغيره فلايكون يمينا بالشك ، ولنا قوله تعالى ـ يحلفون لكم لترضوا عنهم ـ وقال ـ قالوا نشهد إنك لرسول الله ـ ثم قال ـ اتخذوا أيمانهم جنة ـ وقال ـ إذا أقسموا ليصرمنها مصبحين ولايستثنون ـ قال محمد : لايكون الاستثناء فى اليمين ، ولأن حذف بعض الكلام جائز عند العرب تخفيفا ، ولأن ذلك كالمعلوم لأن الحلف لايكون إلا بالله فكأنهم ذكروه ، وأما أعزم أو أعزم بالله فالعزم هو الإيجاب ، قال تعالى ـ وإن عزموا الطلاق ـ والإيجاب هو اليمين . وقول محمد لاأعرفه عن أبي حنيفة فقد رواه عنه الحسن ؛ وأما عليّ يمين أو يمين الله فلأنه تصريح بايجاب اليمين عليه ، واليمين لايكون إلا بالله وهو معتاد عند العرب . قال

ـ فقالت يمين الله مالك حيلة ـ ووجه الله يمين ، رواه ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه يذكر ويراد به الذات ، قال تعالى ـ ويبقى وجه ربك ـ وقال ـ كلّ شيء هالك إلا وجهه ـ . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس بيمين لعدم العرف بذلك ولأنه يذكر ويراد به غير الله تعالى ، يقال : فعله ابتغاء وجه الله تعالى : أى ثوابه فلا يكون يمينا بالشكّ . وروى ابن شجاع عند أبي حنيفة رحمه الله أنها من أيمان السفلة : يعنى أنهم يقصدون الجارحة فيكون يمينا بغير الله تعالى . قال (ومن حرّم على نفسه مايملكه فإن استباحه أو شيئا منه لزمته الكفارة) وذلك مثل قوله : مالى عليّ حرام أوثوبى أو جاريتى فلانة أو ركوب هذه الدابة ونحوه ، قال عليه الصلاة والسلام « تحريم الحلال يمين وكفارته كفارة يمين » ولأنه أخبر عن حرمته عليه فقد منع نفسه عنه وأمكن جعله حراما لغيره باثبات موجب اليمين ، لأن اليمين أيضا يمنعه عنه فيجعل كذلك تحرّزا عن إلغاء كلامه ، وهذا أولى من الحرمة المؤبدة ، لأن له نظيرا فى الشرع وهو أرفق ، ثم الحرمة تتناول الكل جزءا جزءا ، فأىّ جزء استباح منه حنث ، كقوله : لاأشرب الماء ، ولو وهبه أو تصدق به لاحنث عليه ، لأن المراد بالتحريم حرمة الاستمتاع عرفا لاحرمة الصدقة والهبة . قال (ولو قال : كلّ حلال عليّ حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوى غيرهما) وقال زفر : يحنث كما فرغ لأنه باشر فعلا حلالا وهو التنفس . ولنا أن المقصود البرّ ولا يحصل على اعتبار العموم فيسقط العموم فينصرف إلى الطعام والشراب لأنه يستعمل فيما يتناول عادة ، ولو نوى امرأته دخلت مع المأكول والمشروب وصار موليا ، وإن نوى امرأته

وَمَنْ حَلَفَ حالَةَ الكُفْرِ لا كَفَّارَةَ فِى حِنْثِهِ ؛ وَمَنْ قالَ : إنْ شاءَ اللهُ مُتَّصِلاً بِيَمِينِهِ فَلا حِنْثَ عَلَيْهِ .

فصـــل

حَلَفَ لايَخْرُجُ ، فأمَرَ رَجُلاً فأخْرَجَهُ حَنِثَ ، وَإنْ أخْرَجَهُ مُكْرَهًا لايَحْنَثُ .

وحدها صدّق ولا يحنث بالأكل والشرب . قال مشايخنا هذا فى عرفهم ، أما فى عرفنا يكون طلاقا عرفا ، ويقع بغير نية لأنهم تعارفوه فصار كالصريح وعليه الفتوى ؛ ولو قال : مال فلان علىّ حرام فأكله أو أنفقه حنث إلا أن ينوى أنه لايحلّ لى لأنه حرام فلا حنث عليه ؛ ولو حلف لايرتكب حراما فهو على الزنا ، وإن كان مجبوبا فعلى القبلة الحرام وأشباهها ؛ ولو حلف لايطأ حراما فوطئ امرأته حالة الحيض والظهار لم يحنث إلا أن ينويه ، لأن الحرمة لعارض لالأن الوطء حرام فى نفسه . قال (ومن حلف حالة الكفر لا كفارة فى حنثه) لأن الكافر ليس بأهل لليمين لأنها تعظيم الله تعالى ولا تعظيم مع الكفر وليس أهلا للكفارة لأنها عبادة حتى تتأدّى بالصوم وليس من أهلها وتبطل اليمين بالردّة ، فلو أسلم بعدها لايلزمه حكمها لأن الردّة تبطل الأعمال . قال (ومن قال : إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) وقد مرّ فى الطلاق ، ولابدّ من الاتصال لأن بالسكوت يتمّ الكلام فالاستثناء بعده يكون رجوعا ولا رجوع فى اليمين .

فصـــل

الخروج : هو الانفصال من الداخل إلى الخارج ؛ والدخول : الانفصال من الخارج إلى الداخل ، فعلى أىّ وصف وجد كان خروجا ، سواء كان راكبا أو ماشيا من الباب أو من السطح أو من ثقب فى الحائط أو تسوّر الحائط ، إلا أن يقول من باب الدار فلا يحنث إلا بالخروج من الباب . قال (حلف لايخرج فأمر رجلا فأخرجه حنث) لأن الفعل مضاف إليه بالأمر كما إذا ركب دابة فخرجت به (وإن أخرجه مكرها لايحنث) لعدم إضافة الفعل إليه لعدم الأمر وهو مخرج وليس بخارج . وقيل إن قدر على الامتناع حنث عند محمد لأنه لما لم يمتنع مع القدرة صار كأنه فعل الدخول كركوب الدابة . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لايحنث وهو الصحيح لأنه ليس بداخل . وروى محمد عن أبى يوسف لو حمله برضاه لابأمره لايحنث لأنه ليس بفاعل للدخول ، واليمين منعقدة على الفعل دون الرضا والإرادة أو نقول الفعل إنما يضاف إليه بأمره . وقيل يحنث والحلف على الدخول على هذه الوجوه .

حَلَفَ لاَيَخْرُجُ إلاَّ إلى جِنَازَةٍ فَخَرَجَ إليها ثُمَّ أتى حاجَةً أُخْرَى لَمْ يَحْنَثْ . حَلَفَ لاَيَخْرُجُ إلى مَكَّةَ فَخَرَجَ يُرِيدُها ثُمَّ رَجَعَ حَنِثَ ؛ وكَذَلِكَ الذَّهاب فى الأصَحِّ ، وفى الإتيانِ لاَيَحْنَثُ حَتَّى يَدْخُلَها . حَلَفَ لاتَدْخُلُ امْرأتُهُ إلاَّ بإذْنِهِ فَلا بُدَّ مِنَ الإذْنِ فى كُلِّ مَرَّةٍ ؛ وَلَوْ قالَ : إلاَّ أنْ آذَنَ لكِ يَكْفِيهِ إذْنٌ وَاحِدٌ .

قال (حلف لايخرج إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث) لأنه لم يوجد الخروج لغير ما حلف عليه ، وإنما خرج إلى الجنازة وأنه مستثنى من اليمين ، والإتيان بعد ذلك ليس بخروج (حلف لايخرج إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث) لوجود الخروج قاصدا إليها . قال (وكذلك الذهاب فى الأصحّ) لأنه عبارة عن الانتقال والذهاب من موضعه ، قال تعالى - إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت - أى يزيله عنكم فأشبه الخروج (وفى الإتيان لايحنث حتى يدخلها) لأن الإتيان الوصول ، قال تعالى - فأتيا فرعون - والمراد الوصول إليه ، ويقال فى العرف : خرجت إلى بلد كذا ولم آته : أى قصدته بالخروج ولم أصل إليه ، والذهاب كالخروج فى الاستعمال أيضا . حلف لايخرج من هذا البيت فأخرج يديه وقدميه وهو قاعد لم يحنث لأنه لايسمى خارجا ؛ ولو كان مستلقيا على ظهره أو بطنه أو على جنبه يحنث بخروج أكثر جسده إقامة للأكثر مقام الكلّ . وعن أبى يوسف فيمن حلف لايخرج من دار كذا فهو على الخروج ببدنه ؛ ولو قال : من هذه الدار فهو على النقلة ببدنه وأهله هذا هو العرف ؛ ولو حلف على امرأته أن لاتخرج فى غير حقّ فهو ما يعده الناس حقا فى استعمالهم دون الواجب كزيارة الوالدين وذوى الأرحام وأعراسهم وعيادتهم ونحوه . وعن أبى يوسف حلف لاتخرج إلا إلى أهلها فأبواها لاغير ، فإن عدما فكل ذى رحم محرم منها وأمها المطلقة أهلها ، فإن كان أبوها متزوّجا بغير أمها وأمها كذلك فأهل منزل أبيها لامنزل أمها . حلف لايخرج إلى بغداد فخرج من بيته لايحنث ما لم يجاوز العمران قاصدا بغداد ، بخلاف الخروج إلى الجنازة حيث يحنث بنفس الخروج ، لأن الخروج إلى بغداد سفر ، ولا سفر حتى يجاوز العمران ، ولا كذلك الخروج إلى الجنازة (حلف لاتدخل امرأته إلا باذنه فلابدّ من الإذن فى كلّ مرّة) لأن النهى يتناول عموم الدخلات إلا دخلة مقرونة باذنه فصار كقوله : إلا راكبة ، وإلا منتقبة فانه يشترط ذلك فى كلّ مرّة كذا هذا ، ولو نوى الإذن مرّة صدق لأنه محتمل كلامه . وعن أبى يوسف أنه لايصدق قضاء لأنه خلاف الظاهر ، وكذلك اليمين على الخروج ؛ ولو قال : كلما أردت فخرجت مرّة بعد أخرى لايحنث ، وإن نها ها بعد ذلك فخرجت حنث (ولو قال : إلا أن آذن لك يكفيه إذن واحد) وكذلك حتى آذن لك لأنه جعل

حلَفَ لايَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَصَارَتْ صَحْرَاءَ وَدَخَلَهَا حَنِثَ ، وَلَوْ قالَ : دَاراً لَمْ يَحْنَثْ ، وفِى البَيْتِ لايحنَثُ فى الوَجْهَيْنِ . حَلَفَ لايَدْخُلُ بَيْتا لَمْ يَحْنَثْ بالكَعْبَةِ وَالمَسْجِدِ وَالبِيعَةِ وَالكَنِيسَةِ . حَلَفَ لايَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ نَقامَ عَلى سَطْحِها حَنِثَ ، وَلَوْ دَخَلَ دِهْلِيزَها إنْ كانَ لَوْ أُغْلِقَ البابُ

الإذن غاية ليمينه لأنها كلمة الغاية فانتهت اليمين لوجود الغاية ؛ ولو أذن لها وهى نائمة صح كما لو كانت صماء ، وقيل لايصح لعدم حصول العلم ؛ ولو أذن لها ولم تعلم فدخلت حنث قال أبويوسف : لايحنث لأن الإذن إطلاق وإنه يتم بالإذن كالرضى . ولهما أن الإذن هو الإعلام ولم يوجد لأنه لايتحقق الإعلام بدون العلم والإفهام ، بخلاف الرضى فيما إذا قال إلا برضاى ، ثم قال رضيت ولم تسمع ، لأن الرضى إزالة الكراهة وأنه يتحقق بدون السماع والعلم لأنه فعل القلب ؛ ولو قال : إلا بأمرى فأمرها ولم تسمع فدخلت حنث بالإجماع ، لأن الأمر إلزام المأمور فلا بد من السماع كأوامر الشرع . حلف لاتخرج بغير علمه فخرجت وهو يراها فلم يمنعها لم يحنث ، فإن أذن لها بالخروج فخرجت بغير علمه ، قال محمد : لايحنث لأنه لما أذن لها فقد علم أنها تخرج فكان الخروج بعلمه . قال (حلف لايدخل هذه الدار فصارت صحراء ودخلها حنث ، ولو قال دارا لم يحنث ، وفى البيت لايحنث فى الوجهين) لأن الدار اسم للعرصة حقيقة وعرفا ، والبناء صفة فيها ، لأن قوام البناء بالعرصة ، ولهذا ينطلق اسم الدار عليها بعد ذهاب البناء ، وفى أشعار العرب فى ندبهم الدور الدارسة أقوى شاهد ؛ غير أن الوصف معتبر فى الغائب وهو منكر لغو فى الحاضر لحصول التعريف بالإشارة على ماعرف ؛ وأما البيت فهو اسم لما يبات فيه ، والعرصة إنما تصير صالحة للبيتوتة بالبناء وأنه لايبقى بعد زواله حتى قالوا : لوخرب السقف وبقيت الحيطان يحنث لإمكان البيتوتة فيه ؛ ولو بنى البيت بعد ما انهدم لم يحنث بدخوله وفى الدار يحنث لزوال اسم البيت بعد الانهدام وبقاء اسم الدار على ما بينا ؛ ولو جعلت الدار بستانا أو حماما أو مسجدا أو بيتا فدخله لم يحنث لتبدل الاسم والصفة باعتراض اسم آخر وصفة أخرى ، وكذا لو صارت بحرا أو نهرا ، وكذا لو بنيت دارا أخرى بعد البستان والحمام لايحنث لما بينا . قال (حلف لايدخل بيتا لم يحنث بالكعبة والمسجد والبيعة والكنيسة) لعدم إطلاق اسم البيت عليها عرفا ، ولما بينا أنه اسم لما يبات فيه وأعد للبيتوتة ، وهذا المعنى معدوم فيها . حلف لايدخل دار فلان وهما فى سفر على الخيمة والفسطاط والقبة فى كل منزل ، فإن نوى أحد هذه الأشياء صدق ديانة لاقضاء . قال (حلف لايدخل هذه الدار فقام على سطحها حنث) لأنه من الدار كسطح المسجد فى حق المعتكف ، وكل موضع إذا أغلق الباب لايمكنه الخروج فهو من الدار (ولو دخل دهليزها إن كان لو أغلق الباب

كانَ داخِلاً حَنِثَ وَإلاَّ فَلا ، وَلَوْ كانَ فى الدَّارِ لَمْ يَحْنَثْ بالقُعُودِ .

فصـــل

حَلَفَ لايَلْبَسُ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ لابِسُهُ فَنَزَعَهُ لِلْحالِ لَمْ يَحْنَثْ ، وَإنْ لَبِثَ ساعَةً حَنِثَ ، وكَذَلِكَ رُكُوبُ الدَّابَّةِ وَسُكْنَى الدَّارِ. حَلَفَ لايَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَلا بُدَّ مِنْ خُرُوجِهِ بِأهْلِهِ وَمَتاعِهِ أجْمَعَ .

كان داخلا حنث) لأنه من الدار (وإلا فلا) لأنه ليس من الدار ، ولو أدخل أحد رجليه دون الأخرى إن استوى الجانبان أوكان الجانب الآخر أسفل لايحنث ، وإن كان الجانب الداخل أسفل حنث ، لأن اعتماد جميع بدنه يكون على رجله الداخلة فيكون داخلا (ولوكان فى الدار لم يحنث بالقعود) لأنه لم يوجد منه الدخول على ما ذكرنا بعد اليمين . حلف لايدخل بيت فلان ولا نية له فدخل بيتا هوساكنه حنث ، سواءكان ملكه أولم يكن لأنه يضاف إليه عرفا ، بخلاف ما إذا حلف لايركب دابة فلان أو لايستخدم عبده حيث لايحنث بالعبد والدابة المستأجرين فإنه لايضاف إليه عادة . ولو دخل دارا هى ملك فلان يسكنها غيره فى رواية لايحنث لأن الإضافة بالسكنى ، وعن محمد أنه يحنث لأنها مضافة إلى المالك بملك الرقبة وإلى المستأجر بملك المنفعةوكلاهما حقيقة . حلف لايدخل دار فلان فدخل دارا مشتركة بينه وبين فلان وفلان ساكنها لايحنث ؛ وإن حلف لايزرع أرضه فزرع أرضا مشتركة حنث لأن كل جزء من الأرض أرض وليس بعض الدار دارا تسمية وعرفا . حلف لايدخل دار فلانة فدخل دارها وزوجها يسكنها لايحنث لأن الدار تنسب إلى الساكن . حلف لايدخل دار فلان وله دار يسكنها ودار غلة فدخل دار الغلة لايحنث . حلف لايدخل دار فدخل بستانا فى تلك الدار ، إن كان متصلا بها لم يحنث ، وإن كان فى وسطها حنث .

فصـــل

(حلف لايلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه للحال لم يحنث ، وإن لبث ساعة حنث ، وكذلك ركوب الدابة وسكنى الدار) وقال زفر : يحنث فى الوجهين لوجود المحلوف عليه وإن قلّ . ولنا أن زمان تحقق البرّ مستثنى لأن اليمين تعقد للبرّ ، بخلاف ما إذا لبث على تلك الحالة لأنه يسمى لابسا وراكبا وساكنا فيتحقق الشرط فيحنث (حلف لايسكن هذه الدار فلا بدّ من خروجه بأهله ومتاعه أجمع) لأن السكنى الكون فى المكان على طريق الاستقرار ، حتى إن من جلس فى مسجد أو خان أو بات فيهما لايعدّ ساكنا ، والسكنى على وجه الاستقرار إنما تكون بالأهل والمتاع والأثاث ، فان الرجل يعد ساكنا فى الدار

قالَ لَهُ : اجْلِسْ فَتَغَدَّ عِنْدِي ، فَقَالَ : إنْ تَغَدَّيْتُ فَعَبْدِي حُرٌّ ، فَرَجَعَ وَتَغَدَّى فِي بَيْتِهِ لَمْ يَحْنَثْ . وَلَوْ أَرَادَتِ الخُرُوجَ فَقَالَ لَهَا : إنْ خَرَجْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَجَلَسَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ لَمْ تَطْلُقْ ،

باعتبار أهله ، يقال فلان يسكن فى محلة كذا أو سكة كذا أو داركذا وأكثر نهاره فى السوق فهما بقى فى الدار شىء من ذلك فالسكنى باقية ، لأن السكنى تثبت بجميع ذلك فلا تنتفى إلا بنفى الكل حتى قال أبوحنيفة : لو بقى وتد حنث لما قلنا ؛ وعنه لو بقى ما لايعتد به كالمكنسة والوتد لم يحنث لانتفاء اسم السكنى بذلك . وأبو يوسف اعتبر الأكثر إقامة له مقام الكل ، ولأنه قد يتعذر نقل الكل . ومحمد اعتبر نقل ما لابد منه فى البيت من آلات الاستعمال دون ما لاحاجة إليه فى الاستعمال ، وقد استحسنوا ذلك لأنه أرفق بالناس ؛ ولو كان غنيا فأخذ فى نقل الأمتعة من حين حلف حتى بقى على ذلك شهرا لم يحنث هكذا روى عن محمد ؛ وكذلك لوكان فى طلب مسكن آخر أياما حتى وجده لم يحنث إذا لم يترك الطلب فى هذه الأيام وينبغى أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير ، ولو انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قيل يبر كما فى منزل آخر ، وقيل يحنث لأنه لما لم يتخذ وطنا آخر بقى وطنه الأول كالمسافر إذا خرج بعياله من مصره ، فما لم يتخذ وطنا آخر حتى مر بمصره أتم الصلاة لأن وطنه لم يتغير كذا هذا . وذكر أبو الليث : لو انتقل إلى السكة وسلم الدار إلى صاحبها أو آجرها وسلمها بر فى يمينه ، وإن لم يتخذ دارا أخرى لأنه لم يبق ساكنا . ولو حلف لايسكن فى هذا المصر فانتقل بنفسه وترك أهله ومتاعه لم يحنث ، لأن الرجل يكون أهله فى مصر وهو ساكن فى مصر آخر ، والقرية بمنزلة الدار ، والمختار أنها بمنزلة المصر (قال له : اجلس فتغد عندى ، فقال : إن تغديت فعبدى حر ، فرجع وتغدى فى بيته لم يحنث ، ولو أرادت الخروج فقال لها : : إن خرجت فأنت طالق ، فجلست ثم خرجت لم تطلق) وكذا لو أراد ضرب عبده فقال له آخر : إن ضربته فعبدى حر ، فتركه ثم ضربه لم يعتق ؛ وهذه تسمى يمين الفور ، وأول من أظهرها أبو حنيفة ، ووجهه أن المقصود هو الامتناع عن الغداء المدعو إليه وهو الغداء عنده ، لأن الجواب يطابق السؤال ، وكذلك قصده منعها عن الخروج الذى همت به والضرب الذى هم وبذلك يشهد العرف والعادة . وعن محمد : لو قال : إن ضربتنى فلم أضربك ، أو إن لقيتك فلم أسلم عليك ، أو إن كلمتنى فلم أجبك ، أو إن استعرت دابتك فلم تعرنى ، أو إن دخلت الدار فلم أقعد ، أو إن ركبت دابتك فلم أعطك دابتى فهو على الفور اعتبارا للعرف ، وهكذا الحكم فى نظائره . ولو أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال : إن لم تدخلى معى البيت فأنت طالق ، فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت ، لأن مقصوده الدخول لقضاء الشهوة وقد فات فصار شرط الحنث عدم

وَمَنْ حَلَفَ لايَرْكَبُ دابَّةَ فُلانٍ فَرَكِبَ دابَّةَ عَبْدِهِ المأذُونِ لَمْ يَحْنَثْ مَدْيُونا كانَ أوْ غَيْرَ مَدْيُونٍ . حَلَفَ لايَتَكَلَّمُ فَقَرأَ القُرآنَ أوْ سَبَّحَ أوْ هَلَّلَ لَمْ يَحْنَثْ . حَلَفَ لايُكَلِّمُهُ شَهْرًا فَمِنْ حِينِ حَلَفَ . حَلَفَ لايُكَلِّمُهُ فَكَلَّمَهُ بِحَيْثُ يَسْمَعُ إلاَّ أنَّهُ نائِمٌ حَنِثَ ،

الدخول لقضاء الشهوة وقد وجد . قال (ومن حلف لايركب دابة فلان فركب دابة عبده المأذون لم يحنث مديونا كان أو غير مديون) عند أبى حنيفة ، أما إذا كان مستغرقا بالديون فلأن عنده لاملك للمولى فيه على ما عرف فى بابه ؛ وأما إذا لم يكن مستغرقا أو لم يكن عليه دين فإن الملك وإن كان للمولى فإنه يضاف إلى العبد فلا يحنث إلا أن ينويه لاختلال الإضافة إلى المولى . وقال أبو يوسف : يحنث فى جميع ذلك إذا نواه . وعند محمد يحنث بدون النية ، لأن الملك عندهما للمولى وإن كان مديونا ، إلا أن أبايوسف يقول : الإضافة إلى المولى اختلت فاحتاج إلى النية . حلف لايأكل من كسب فلان فهو ماله صنع فى اكتسابه وذلك فيما ملكه بفعله كالقبول فى العقود كالبيع والشراء أو الإجارة والهبة والصدقة والوصية ونحوها وأخذ المباحات . فأما الميراث فيدخل فى ملكه بغير فعله فلا يكون كسبه . ولو مات المحلوف عليه وانتقل كسبه إلى وارثه فأكله الحالف حنث لأنه كسبه ولم يعترض عليه كسب ، ولو انتقل إلى غيره بغير الميراث لم يحنث لأنه صار كسب الثانى ؛ وكذلك لو قال : لا آكل مما تملك أو مما ملكت أو من ملكك ، فإذا خرج من ملك المحلوف عليه إلى ملك غيره فأكل منه الحالف لم يحنث ، لأن الملك إذا تجدّد على عين بطلت الإضافة الأولى وصار ملكا للثانى ؛ وكذا لو حلف لايأكل من ميراث فلان فمات فأكل من ميراثه حنث ؛ وإن مات وارثه فانتقل إلى وارثه لم يحنث ، لأن الميراث الآخر نسخ الميراث الأوّل فبطلت الإضافة إلى الأوّل . قال (حلف لايتكلم فقرأ القرآن أو سبح أو هلل لم يحنث) لأن مبنى الأيمان على العرف ، يقال : ما تكلم وإنما قرأ أو سبح ، والقياس أن يحنث فيهما لأنه كلام لأن الكلام ما ينافى الخرس والسكوت ، وجوابه ما قلنا ؛ وقيل لايحنث فى الصلاة ويحنث خارجها ، لأن الكلام فى الصلاة مفسد فلم يجعل كلاما ضرورة ، ولا ضرورة خارج الصلاة . قال أبو الليث : إن حلف بالعربية فكذلك ، وإن حلف بالفارسية لايحنث فيهما لأنه لايسمى متكلما. قال (حلف لايكلمه شهرا فمن حين حلف) لأنه لو لم يذكر الشهر تأبدت اليمين ، فلما ذكر الشهر خرج ماوراءه عن اليمين وبقى الشهر ، وكذلك الإجارة ، بخلاف الصوم لأنه لو لم يذكر الشهر لايتأبد فكان التعيين إليه . قال (حلف لايكلمه فكلمه بحيث يسمع إلا أنه نائم حنث) وكذا لو كان أصمّ لأنه كلمه ووصل إلى سمعه وعدم فهمه لنومه وصممه ، فصار كما إذا كان متغافلا أو مجنونا . وفى رواية : اشترط أن يوقظه ،

وَلَوْ كَلَّمَ غَيْرَهُ وَقَصَدَ أَنْ يَسْمَعَ لَمْ يَحْنَثْ ؛ وَلَوْ سَلَّمَ عَلَى جَمَاعَةٍ هُوَ فِيهِمْ حَنِثَ ، وَإِنْ نَوَاهُمْ دُونَهُ لَمْ يَحْنَثْ .

لأنه إذا أيقظه فقد أسمعه ، ولوناداه من حيث لايسمع فى مثله الصمت لايحنث ، وكذلك إن كان بعيدا لو أصغى إليه لايسمع لايحنث ، لأن المكالمة عبارة عن الاسماع إلا أنه باطن فأقيم السبب المفضى إلى السماع مقامه ، وهو ما لو أصغى إليه سمع ؛ ولو دخل دارا ليس فيها غير المحلوف عليه فقال : من وضع هذا ؟ أو من أين هذا ؟ حنث لأنه كلام له بطريق الاستفهام ؛ ولو قال : ليت شعرى من وضع هذا ؟ لايحنث لأنه مخاطب لنفسه ، ولو كان فى الدار آخر لايحنث فى المسئلتين (ولو كلم غيره وقصد أن يسمع لم يحنث) لأنه لم يكلمه حقيقة (ولو سلم على جماعة هو فيهم حنث) لأن السلام كلام للجميع (وإن نواهم دونه لم يحنث) ديانة لعدم القصد ولا يصدّق قضاء ، لأن الظاهر أنه للجماعة ، والنية لايطلع عليها الحاكم ؛ ولو كتب إليه أو أشار أو أرسل إليه لم يحنث لأنه ليس بكلام ، لأن الكلام اسم لحروف منظومة مفهومة بأصوات مسموعة ولم توجد ، ولو كان الحالف إماما فسلم والمحلوف عليه خلفه لايحنث بالتسليمتين لأنهما من أفعال الصلاة وليس بكلام ، ولو كان الحالف هو المؤتمّ فكذلك. وعن محمد يحنث لأنه يصير خارجا عن صلاة الإمام بسلامه خلافا لهما ؛ ولو سبح به فى الصلاة أو فتح عليه لم يحنث وخارج الصلاة يحنث ؛ ولو قرع المحلوف عليه الباب ، فقال الحالف : من هذا ؟ ذكر القدورى أنه يحنث . وقال أبو الليث : إن قال بالفارسية : كيست (١) لايحنث لأنه ليس بخطاب له ، وإن قال : كى تو (٢) يحنث لأنه خطاب له وهو المختار ؛ ولو قال ليلا : لاأكلم فلانا يوما فهو من حين حلف إلى غروب الشمس من الغد ، وكذلك لو قال نهارا : لاأكلمه ليلة فمن حين حلف إلى طلوع الفجر من الغد ، لأن اليمين إذا تعلقت بوقت مطلق فابتداؤها عقيب اليمين كالإيلاء ، ولأن كل حكم تعلق بمدة لاعلى طريق القربة اختصّ بعقيب السبب كالإجارة ؛ ولو حلف فى بعض اليوم لايكلمه يوما فهو على بقية اليوم والليلة إلى مثل تلك الساعة من الغد ؛ وكذلك لوحلف فى بعض الليل لايكلمه ليلة فمن حين حلف إلى مثل تلك الساعة من الليلة المقبلة ، لأنه حلف على يوم منكر فلا بدّ من تمامه ، وذلك من اليوم الذى يليه فتدخل الليلة ضرورة تبعا ؛ ولو قال فى بعض اليوم : لاأكلمه اليوم فعلى باقى اليوم ، وكذا فى الليلة لأنه حلف على زمان معين فتعلق بما بقى منه ، إذ هو المراد ظاهرا وعرفا ، لأن ما مضى منه خرج

(١) كيست معناه : من .

(٢) قوله كى تو ، معناه : أنت من .

حَلَفَ لايُكَلِّمُ عَبْدَ فُلانٍ يُعْتَبَرُ مِلْكُهُ يَوْمَ الحِنْثِ لايَوْمَ الحَلِفِ ، وكَذَا الثَّوْبُ وَالدَّارُ ؛ وَلَوْ قالَ : عَبْدَ فُلانٍ هَذَا ، أَوْ دَارَهُ هَذِهِ لايَحْنَثُ بَعْدَ البَيْعِ ، وفِي الصَّدِيقِ وَالزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ يَحْنَثُ بَعْدَ المُعادَاةِ وَالفِراقِ .

عن الإرادة ضرورة . قال (حلف لايكلم عبد فلان يعتبر ملكه يوم الحنث لايوم الحلف ، وكذا الثوب والدار) لأن اليمين عقدت على ملك مضاف إلى فلان ، فإذا وجدت الإضافة حنث وإلا فلا ، ولأن اليمين للمنع عن الحنث فيعتبر وقت الحنث (ولو قال : عبد فلان هذا أو داره هذه لايحنث بعد البيع) لانقطاع الإضافة ولا تعادى لذاتها لسقوط عبرتها إلا أن ينوى عينها للتشاؤم على ما ورد به الحديث (١) (وفى الصديق والزوج والزوجة يحنث بعد المعاداة والفراق) لأن الزوجة والصديق يقصدان بالهجرة لأذى من جهتهما ، فكانت الإضافة للتعريف وكانت الإشارة أولى . وقال محمد : يحنث فى العبد أيضا إذا كان معينا ، لأن المنع قد يكون لعينه وقد يكون لمالكه فيتعلق اليمين بهما ؛ وإن أطلق اليمين فى الزوجة والصديق لم يحنث عند أبى حنيفة وحنث عند محمد لأن المانع أذى من جهتهما . ولأبى حنيفة أن هذه الإضافة تحتمل التعريف دون الهجران ، ولهذا لم يعينه فلا يحنث ، ويحتمل الهجران فيحنث ، فلا يحنث بالشك ، ولو لم يكن له امرأة ولا صديق فاستحدث ثم كلمه حنث خلافا لمحمد . حلف لايكلمه اليوم شهرا أو اليوم سنة ، فهو على ذلك اليوم من جميع ذلك الشهر وتلك السنة ، لأن اليوم الواحد لايكون شهرا ولا سنة ، فعلمنا أن مراده أنه لايكلمه فى مثل ذلك اليوم شهرا أو سنة ؛ ولو قال : لاأكلمك يوم السبت عشرة أيام وهو فى يوم السبت فهو على سبتين ، لأن يوم السبت لايدور فى عشرة أيام أكثر من مرتين ، وكذلك لاأكلمك يوم السبت يومين كان على سبتين لأن السبت لايكون يومين فكان مراده سبتين ، وكذلك لو قال ثلاثة أيام كانت كلها يوم السبت لما بينا . حلف لايتزوج بنت فلان فولدت له بنت أخرى لم يحنث بتزويجها ، لأن اليمين انصرفت إلى الموجود فى الحال ؛ ولو قال : بنتا لفلان ، أو بنتا من بنات فلان ، فعن أبى حنيفة روايتان . حلف لايكلم إخوة فلان فهو على الموجودين وقت اليمين لاغير ، فان كان له إخوة كثيرة لايحنث ما لم يكلم كلهم ؛ ولو قال : لايكلم عبيد فلان ، أو لايركب دواب فلان ، أو لايلبس ثياب فلان حنث بفعل ثلاثة مما سمى إلا إذا نوى الكل ، والفرق أن الأول إضافة تعريف فتعلقت اليمين بأعيانهم ، فما لم يكلم الكل لايحنث ؛ وفى الثانية إضافة ملك لأنها لاتقصد بالهجران لكونها جمادا أو لخسة العبد ، وإنما المقصود المالك فتناولت اليمين أعيانا منسوبة إليه وقت

(١) قوله على ما ورد به الحديث ، هو ما تضمن « أن الشؤم فى ثلاث : المرأة ، والدابة ، والدار » .

فصـــل

الحِينُ وَالزَّمانُ : سِتَّةُ أَشْهُرٍ فِى التَّعْرِيفِ وَالتَّنْكِيرِ . وَالدَّهْرُ : الأَبَدُ ، وَدَهْرًا قالَ أَبُوحَنِيفَةَ : لاأَدْرِى ما هُوَ ، وَالأَيَّامُ وَالشُّهُورُ وَالسُّنُونُ عَشَرَةٌ ، وفِى المُنَكَّرِ ثَلاثَةٌ .

الحنث ، وقد ذكر النسبة بلفظ الجمع وأقله ثلاثة . وروى المعلى عن أبى يوسف كل شيء سوى بنى آدم فهو على واحد ، وإذا كانت يمينه على بنى آدم فهو على ثلاثة

فصـــل

(الحين والزمان : ستة أشهر فى التعريف والتنكير) منقول عن ابن عباس وسعيد بن المسيب ، ولأنه الوسط مما فسر به الحين فكان أولى ؛ والزمان كالحين لأنه يستعمل استعماله يقال : ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد ، وإن نوى شيئا فعلى ما نوى لأنه يحتمله ، وقيل يصدق فى الحين فى الوقت اليسير دون الزمان لأنه استعمل فى الحين ، قال الله تعالى ـ فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون ـ والمراد صلاة الفجر وصلاة العصر ، ولا عرف فى الزمان . وعن أبى يوسف : لايدين فى القضاء فى أقل من ستة أشهر . قال (والدهر: الأبد) قال عليه الصلاة والسلام « لاصيام لمن صام الدهر » يعنى جميع العمر (ودهرا ، قال أبوحنيفة : لاأدرى ما هو) وعندهما هو كالزمان لأنه يستعمل استعماله . وله أنه لاعرف فيه فيتبع ، واللغات لاتعرف قياسا والدلائل فيه متعارضة فتوقف فيه . وروى أبويوسف عن أبى حنيفة أن دهرا والدهر سواء ، وهذا عند عدم النية ، وإن كان له نية فعلى ما نوى . قال (والأيام والشهور والسنون عشرة) وكذا الأزمنة . (و) الجمع (فى المنكر ثلاثة) وقالا فى الأيام سبعة ، والشهور اثناعشر وغيرهما جميع العمر ، لأن اللام للمعهود : وهى أيام الأسبوع وشهور السنة ، ولأن الأيام تنتهى بالسبعة والأشهر بالاثنى عشر ثم تعود ، ولا معهود فى غيرهما فتناولت العمر . ولأبى حنيفة أن الجمع المعرف بهذا اللفظ أكثره عشرة ، وما زاد يتغير لفظه فلا يزاد على العشرة . أما المنكر يتناول الأقل وهو ثلاثة بالإجماع ؛ وفى رواية : المبسوط عشرة عند أبى حنيفة ؛ والمختار ما ذكرنا . حلف لايكلمه إلى كذا فعلى ما نوى ، فان لم ينو فيوم واحد لأنه أقل العدد ، وإن قال : كذا وكذا ولا نية له فيوم وليلة . حلف لايكلمه إلى الحصاد فحصد أول الناس بر ، وكذلك إلى قدوم الحاج فقدم واحد انتهت اليمين . حلف لايكلمه قريبا

حَلَفَ لايأكُلُ مِنْ هَذِهِ الحِنْطَةِ لايَحْنَثُ ما لَمْ يَقْضَمْها وَمِنْ هَذا الدَّقِيقِ يَحْنَثُ بِخُبْزِهِ دُونَ سَفِّهِ ، وَالخُبْزُ ما اعْتادَهُ أَهْلُ البَلَدِ ، وَالشِّواءُ مِنَ اللَّحْمِ ، وَالطَّبِيخُ ما يُطْبَخُ مِنَ اللَّحْمِ بِالماءِ ، وَيَحْنَثُ بِأَكْلِ مَرَقِهِ ،

من ستة فهو على ستة أشهر ويوم ؛ ولو قال : لايكلمه قريبا فهو أقلّ من شهر بيوم ؛ ولو قال إلى بعيد فأكثر من شهر . وعن أبي يوسف هو مثل الحين ؛ وآجلا أكثر من شهر ، وعاجلا أقلّ من شهر لأن الشهر أدنى الأجل ؛ ولو قال بضعا فثلاثة ، لأن البضع من ثلاثة إلى تسعة فيحمل على الأقلّ عند عدم النية .

فصـــل

(حلف لايأكل من هذه الحنطة لايحنث مالم يقضمها) ولو أكل من خبزها أو سويقها لم يحنث ، وقالا : يحنث بالخبز للعرف . وله أن الحقيقة مستعملة فانه يقلى ويسلق ويؤكل بعده قضما ، والحقيقة المستعملة قاضية على المجاز . قال (ومن هذا الدقيق يحنث بخبزه دون سفه) لأنه غير معتاد فانصرف إلى ما يتخذ منه وهو الخبز ؛ وكذا إن أكل من عصيدته أو اتخذه خبيصا أو قطايف حنث ، إلا إذا نوى أكل عينه لأنه نوى حقيقة كلامه ، وكذلك مالايؤكل عادة تقع اليمين على ما يتخذ منه ، لأن المجاز المتعارف راجح على الحقيقة المهجورة . قال (والخبز ما اعتاده أهل البلد) لأن اليمين مبناها على العادة ، والمنع إنما يقع على المعتاد ليتحقق معنى اليمين ، ولو حلف لايأكل خبزا فأكل ثريدا . قال أبو الليث : لايحنث للعرف والطعام حقيقة ما يطعم ويؤكل ، وفى العرف يختصّ ببعض الأشياء ، ألا ترى أن الأدوية لاتسمى طعاما ، وإن كانت تؤكل ويتغذّى بها كعجون الورد ونحوه ؛ والخلّ والزيت والملح طعام بجريان العادة بأكله مع الخبز إداما له ، والنبيذ شراب عند أبي يوسف طعام عند محمد ، والفاكهة طعام . حلف لايشترى طعاما لايحنث إلا بشراء الحنطة والدقيق والخبز استحسانا للعرف ، وفى عرفنا يحنث بالشعير والذرة ونحوهما أيضا قال (والشواء من اللحم) خاصة لأنه المتعارف عند الإطلاق ، ألا ترى أن الشواء اسم لبائع المشوى من اللحم دون غيره ، ويصحّ قولهم : لم يأكل الشواء وإن أكل الباذنجان والسمك المشوى وغيره ما لم يأكل الشواء من اللحم ، وإن نوى كلّ شيء يشوى صحت نيته وهو القياس ، لأن الشواء ما يجعل فى النار ليسهل أكله وهو موجود فى كلّ شيء إلا أنّ العرف اختصّ باللحم على ما بينا . قال (والطبيخ ما يطبخ من اللحم بالماء) للعرف ، وإن نوى كل ما يطبخ صدّق لأنه شدّد على نفسه (ويحنث بأكل مرقه) لأن فيه أجزاء اللحم ؛ وفى النوادر : حلف لايأكل طبيخا فأكل قلية يابسة لامرق فيها لايحنث ،

وَالرُّءُوسُ : مايُكْبَسُ في التَّنانيرِ وَيُبَاعُ في السُّوقِ ، وَالرُّطَبُ وَالعِنَبُ وَالرُّمَّانُ وَالخِيارُ وَالقِثاءُ لَيْسَ بِفاكِهَةٍ ،

لأنه بدون المرق لايسمى طبيخا ، فانه يقال لحم مقليّ ولايقال مطبوخ إلا لما طبخ في الماء . ولو أكل سمكا مطبوخا لم يحنث ، لأن الاسم لايتناوله عند الإطلاق . وعن ابن سماعة : الطبيخ يكون على الشحم ، فان طبخ عدسا أو أرزا بودك فهو طبيخ ، وإن كان بسمن أو زيت فليس بطبيخ ، والمعتبر العرف ، والطابخ : هو الذى يوقد النار دون الذى ينصب القدر ويصبّ الماء واللحم وحوائجه فيه ؛ والخابز : الذى يضرب الخبز في التّنور دون من عجنه وبسطه . ولو حلف لايأكل من طبيخ فلان فطبخ هو وآخر وأكل الحالف منه حنث ، لأن كلّ جزء منه يسمى طبيخا ، وكذلك من خبز فلان فخبز هو وآخر ، وكذلك من رمان اشتراه فلان فاشترى هو وآخر ؛ وكذا لاألبس من نسج فلان فنسج هو وآخر ؛ ولو قال : من قدر طبخها فلان فأكل ما طبخاه لم يحنث ، لأن كلّ جزء من القدر ليس بقدر ، وكذلك من قرص يخبزه فلان ، أو رمانة يشتريها فلان ، أو ثوبا ينسجه فلان لما بينا ؛ ولو حلف لايلبس ثوبا من غزل فلانة ، فلا بدّ أن يكون جميعه من غزلها ، حتى لو كان فيه جزء من ألف جزء من غزل غيرها لم يحنث ، رواه هشام عن محمد . حلف لايأكل من هذا الطعام ما دام فى ملكه، فباع بعضه وأكل الباقى لايحنث ، ذكره الحسن . حلف لايأكل من مال فلان فتناهد (١) وأكل لايحنث لأنه أكل مال نفسه عرفا رواه المعلى عن أبى يوسف . حلف لايأكل من فلان وبينهما دراهم فأخذ منها درهما فاشترى به شيئا وأكل لم يحنث . حلف لايأكل من طعام شريكه فأكل من طعام مشترك بينهما لم يحنث ، لأنه إنما أكل حصته ؛ ألا ترى أن له أن يأخذه من حصته . قال (والرءوس ما يكبس فى التنانير ويباع فى السوق) جريا على العرف . وعن أبى حنيفة أنه يدخل فى اليمين رءوس البقر والجزور ، وعندهما يختص برءوس الغنم وهو اختلاف عادة وعصر . قال (والرطب والعنب والرمان والخيار والقثاء ليس بفاكهة) وقالا : الرطب والرمان والعنب فاكهة، لأنه يتفكه بها عادة كسائر الفاكهة حتى يسمى بائعها فاكهانى ، ولأبى حنيفة قوله تعالى – فيهما فاكهة ونخل ورمان – . ولذلك عطف الفاكهة على العنب فى آية أخرى (٢) والمعطوف يغاير المعطوف عليه لغة ، ولأنه ذكر فى معرض الامتنان والكريم الحكيم لايعيد المنة بالشىء مرتين ، ولأن الفاكهة ما يتفكه به قبل الطعام ، وبعده ، ويتفكه برطبه ويابسه دون الشبع ، والعنب والرطب يستعملان للغذاء والشبع ، والرمان

---

(١) قال فى المنجد : تناهد القوم : أخرج كل منهم نفقة بقدر نفقة صاحبه ليشتروا بها طعاما يشتركون فى أكله . (٢) فى سورة عبس .

وَالإِدَامُ ما يُصْطَبَغُ بِهِ : كالخَلّ وَالزَّيْتِ وَالمِلْحِ ،

يستعمل للأدوية فكان معنى الفاكهة قاصرا عنها ، فلا يتناولها الاسم عند الإطلاق حتى لو نواها صحت نيته لأنه تشديد عليه ، والتمر والزبيب وحبّ الرمان إدام وليس بفاكهة بالإجماع ، والتفاح والسفرجل والكمثرى والإجاص والمشمش والخوخ والتين فاكهة لأنها تؤكل للتفكه دون الشبع ، والبطيخ فاكهة ، واليابس من أثمار الشجر فاكهة ، ويابس البطيخ ليس بفاكهة لأنه غير معتاد ، والقثاء والخيار والجزر والباقلاء (١) الرطب يقول . قال محمد : التوت فاكهة لأنه يستعمل استعمال الفاكهة . قال محمد : قصب السكر والبسر الأحمر فاكهة ، والجوز فيعرفنا ليس بفاكهة لأنه لايتفكه به . وروى المعلى عن محمد : الجوز اليابس ليس بفاكهة لأنه يؤكل مع الخبز غالبا ، فأما رطبه لايؤكل إلا للتفكه . وعن أبي يوسف : اللوز والعناب فاكهة ، رطبه من الفاكهة الرطبة ، ويابسه من يابسها ، وعن محمد : لو حلف لايأكل فاكهة العام أو من ثمرة العام إن كان زمان الرطبة فهي على الرطبة ، ولا يحنث بأكل اليابس ، وإن كان في غير زمانها فهي على اليابس للتعارف ، وكان ينبغي أن يحنث باليابس والرطب إذا كان في زمان الرطبة ، لأن اسم الفاكهة يتناولهما إلا أنه استحسن ذلك ، لأن العادة في قولهم فاكهة العام إذا كان زمان الرطبة يريدونها دون اليابس ، فاذا لم تكن رطبة تعينت اليابسة فحملت عليه . قال (والإدام ما يصطبغ به كالخلّ والزيت والملح) وأصله من المؤادمة وهي الموافقة وهي بالملازقة فيصيران كشيء واحد ، أما المجاورة فليست بموافقة حقيقة ، يقال : وأدم الله بينكما : أي وفق بينكما ، قال عليه الصلاة والسلام للمغيرة (٢) وقد تزوّج امرأة « لونظرت إليها كان أحرى أن يودم بينكما » فكلّ ما احتاج في أكله إلى موافقة غيره فهو إدام ، وما أمكن إفراده بالأكل فليس بادام ؛ وإن أكل مع الخبز كما لو أكل الخبز مع الخبز ، فالخلّ والزيت واللبن والعسل والمرق إدام لما بينا ، وكذلك الملح لأنه لايؤكل منفردا ولأنه يذوب فيختلط بالخبز ويصير تبعا ؛ واللحم والشواء والبيض والجبن ليس بإدام لأنها تفرد بالأكل ولا تمتزج بالخبز . وعن محمد : كلّ ما يؤكل بالخبز عادة فهو إدام ، وهو المختار عملا بالعرف . وعن أبي يوسف : الجوز اليابس إدام . وقال محمد وهو رواية عن أبي يوسف : التمر والجوز والعنب والبطيخ والبقول وسائر الفواكه ليس بإدام ، لأنها

(١) قوله والباقلاء ، قال في مختار الصحاح : والباقلاّ إذا شددت اللام قصرت ، وإذا خففت مددت . وقال في المنجد : الباقلاء والباقلى ، وباقلى الفول .

(٢) لفظ حديث المغيرة كما ذكره صاحب سبل السلام مرويا عن الترمذي والنسائي أنه قال « انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » .

وَالغَدَاءُ : مِنْ طلُوعِ الفَجْرِ إلى الظُّهْرِ ، وَالعَشاءُ : مِنَ الظُّهْرِ إلى نِصْفِ اللَّيْلِ ، وَالسُّحُورُ : مِنْ نِصْفِ اللَّيْلِ إلى طُلُوعِ الفَجْرِ ،وَالشُّرْبُ مِنَ النَّهْرِ : الكَرْعُ مِنْهُ .

تفرد بالأكل ولا تكون تبعا للخبز حتى لو كان موضعا تؤكل تبعا للخبز معتادا يكون إداما عندهم اعتبارا للعرف وهو الأصل فى الباب . قال (والغداء من طلوع الفجر إلى الظهر) لأنه عبارة عن أكل الغدوة ، وما بعد نصف النهار لايكون غدوة (والعشاء : من الظهر إلى نصف الليل) لأنه مأخوذ من أكل العشاء وأوّله بعد الزوال . وروى « أنه صلى الله عليه وسلم صلى إحدى صلاتى العشاء ركعتين » يريد به الظهر أو العصر (والسحور : من نصف الليل إلى طلوع الفجر) لأنه مأخوذ من السحر فينطلق إلى ما يقرب منه ، ثم الغداء والعشاء عبارة عن الأكل الذى يقصد به الشبع عادة ، فلو أكل لقمة أو لقمتين فليس بشىء حتى يزيد على نصف الشبع فإنه يقال لم أتغدّ وإنما أكلت لقمة أو لقمتين ، ويعتبر فى كلّ بلدة عادتهم ؛ فلو حلف لايتغدّى فشرب اللبن إن كان حضريا لايحنث ، وإن كان بدويا يحنث اعتبارا للعادة . قال الكرخى : إذا حلف لايتغدّى فأكل تمرا أو أرزا أو غيره حتى شبع لايحنث ، ولا يكون غداء حتى يأكل الخبز ، وكذلك إن أكل لحما بغير خبز اعتبارا للعرف . قال (والشرب من النهر الكرع منه) فلو حلف لايشرب من دجلة أو من الفرات لايحنث حتى يكرع منها كرعا يباشر الماء بفيه ، فان شرب منه بيده أو باناء لم يحنث ، وقالا : يحنث فى جميع ذلك . أصله أنه متى كان لليمين حقيقة مستعملة ومجاز مستعمل ، فعند أبى حنيفة : العبرة للحقيقة خاصة لأنه لايجوز إهدار الحقيقة إلا عند الضرورة ، وذلك بأن تكون مهجورة مهملة كما قلنا فى سفّ الدقيق . وعندهما العبرة للمجاز والحقيقة جمعا لمكان الاستعمال والعرف ؛ فأبوحنيفة يقول : الكرع حقيقة مستعملة ، ولهذا يحنث به بالإجماع ، وهما يقولان : استعمال المجاز أكثر فيعتبر أيضا ، لأن الكرع إنما يستعمل عادة عند عدم الأوانى فيعتبر كلّ واحد منهما . ومن أصحابنا من قال : إن أبا حنيفة شاهد العرب بالكوفة يكرعون ظاهرا معتادا فحمل اليمين عليه ، وهما شاهدا الناس بعد ذلك لايفعلونه إلا نادرا فلم يخصا اليمين به ؛ ولو شرب من نهر يأخذ من دجلة أو من الفرات لم يحنث بالإجماع ، لأن الإضافة قد زالت بالانتقال إلى غيره ، فصار كما إذا حلف لايشرب من هذا الكوز فصبّ فى كوز آخر ، وهذه المسألة تشهد لأبى حنيفة لاختصاص اليمين عندهم بدجلة دون ما انتقل إليه ماؤها وهذا إذا لم يذكر الماء ، وأما إذا قال : من ماء دجلة فانه يحنث بالكرع وبالإناء وبالغرف ومن نهر آخر ،

وَلَوْ حَلَفَ لايَشْرَبُ مِنَ الحُبِّ أو البِئْرِ يَحْنَثُ بالإناءِ ، وَالسَّمَكُ وَالأَلْيَةُ لَيْسا بِلَحْمٍ ، وَالكَرِشُ وَالكَبِدُ وَالرِّئَةُ وَالفُؤَادُ وَالكُلْيَةُ وَالرَّأْسُ وَالأَكارِعُ وَالأَمْعاءُ وَالطِّحالُ لَحْمٌ ، وَالشَّحْمُ شَحْمُ البَطْنِ .

لأن اليمين عقدت على الماء دون النهر وقد وجد . قال (ولو حلف لايشرب من الحبّ أو البئر يحنث بالإناء) وهذا فى البئر ظاهر لأنه لايمكن الشرب منها إلا بإناء حتى قالوا : لو نزل البئر وكرع لايحنث ، لأن الحقيقة والمجاز لايجتمعان تحت لفظ واحد والحقيقة مهجورة ، وأما الحبّ إن كان ملآنا يمكن الشرب منه لايحنث بالاعتراف والإناء لتعينه . ولو حلف لايشرب من هذا الإناء فهو عن الشرب بعينه لأنه المتعارف فيه . قال (والسمك والألية ليسا بلحم) فان حلف لايأكل لحما فأىّ لحم أكل من جميع الحيوان غير السمك حنث سواء أكله طبيخا أو مشويا أو قديدا وسواء كان حلالا أو حراما : كالميتة ولحم الخنزير والآدمى ، ومتروك التسمية وذبيحة المجوسى وصيد الحرم ، لأن اسم اللحم يتناول الجميع ، ولا يختلف باختلاف صفة اللحم وصفة الذابح . فأما السمك وما يعيش فى الماء لايحنث به لأنه لايدخل تحت إطلاق اسم اللحم ، ألا ترى أنهم يقولون : ما أكلت لحما وقد أكل السمك ، والمعتبر فى ذلك الحقيقة دون لفظ القرآن ، ألا ترى أنه لو حلف لايركب دابة فركب كافرا لايحنث وإن سماه الله تعالى دابة فى قوله ـ إن شرّ الدّوابّ عند الله الذين كفروا ـ وكذا لو خرّب بيت العنكبوت لايحنث فى يمينه لايخرّب بيتا ، وكذا لايحنث بالقعود فى الشمس لو حلف لايقعد فى السراج إلى غير ذلك ، وإنما المعتبر فى ذلك المتعارف ، وكذلك الألية وشحم البطن ليسا بلحم لأنهما لايستعملان استعمال اللحم ولا يتخذ منهما ما يتخذ من اللحم ولا يسميان لحما عرفا ، وإن نواه أو نوى السمك يحنث لأنه تشديد على نفسه . قال (والكرش والكبد والرئة والفؤاد والكلية والرأس والأكارع والأمعاء والطحال لحم) لأنها تباع مع اللحم ، وهذا فى عرفهم على ما رواه أبو حنيفة فى زمنه بالكوفة . وأما البلاد التى لاتباع فيها مع اللحم فلا يحنث اعتبارا للعرف فى كلّ بلدة وكلّ زمان . وأما شحم الظهر فهو لحم ، ويقال له لحم سمين ، ويستعمل فيما يستعمل فيه اللحم . قال (والشحم شحم البطن) فلو حلف لايأكل شحما فأكل شحم الظهر لايحنث لأنه من اللحم ويقال له لحم سمين كما قدّمنا ، وقالا : يحنث لأن اسم الشحم يتناوله وهذا فى عرفهم ، وفى عرفنا : اسم الشحم لايقع على شحم الظهر بحال ؛ وعن محمد فيمن أمر غيره أن يشترى له شحما فاشترى شحم الظهر لايلزم الآمر ، وهذا يؤيد مذهب أبى حنيفة أن مطلق اسم الشحم لايتناوله . حلف لايأكل لحم شاة فأكل لحم

حَلَفَ لايأكُلُ مِنْ هَذَا البُسْرِ فأكَلَهُ رُطَبا لَمْ يَحْنَثْ ، وكَذَا الرُّطَبُ إذَا صَارَ تَمْرًا وَاللَّبَنُ شيرازًا . حَلَفَ لايأكُلُ مِنْ هَذَا الحَمَلِ فَصَارَ كَبْشا فأكَلَهُ حَنِثَ . حَلَفَ لايأكُلُ مِنْ هَذِهِ النَّخْلَةِ فَهُوَ عَلَى ثَمَرِها وَدُبْسِها غَيْرِ المَطْبُوخِ ، وَمِنْ هَذِهِ الشَّاةِ فَعَلَى اللَّحْمِ وَاللَّبَنِ وَالزُّبْدِ ، وَلا يَدْخُلُ بَيْضُ السَّمَكِ فِى البَيْضِ ، وَالشِّرَاءُ كالأكْلِ .

عنز حنث ، لأن اسم الشاة يتناول العنز وغيره . وذكر الفقيه أبو الليث أنه لايحنث لأن العرف يفرّق بينهما وهو المختار ؛ وكذا لايدخل لحم الجاموس فى يمين البقر . قال (حلف لايأكل من هذا البسر فأكله رطبا لم يحنث ، وكذا الرطب إذا صار تمرا واللبن شيرازا) لأن هذه الصفات داعية إلى اليمين فتتقيد به ، أو نقول : اللبن ما يؤكل عينه فلا ينصرف إلى مايتخذ منه . قال (حلف لايأكل من هذا الحمل فصار كبشا فأكله حنث) لأن صفة الحملية ليست داعية إلى اليمين ، لأن الامتناع عن لحمه أقلّ من الامتناع عن لحم الكبش ، وإذا امتنع أن تكون صفة داعية تعينت الذات وأنها موجودة . قال (حلف لايأكل من هذه النخلة فهو على ثمرتها ودبسها غير المطبوخ) يقال له سيلان ، لأنه أضاف اليمين إلى ما لايؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه لأنه سبب له فيصلح مجازا ، ويحنث بالجمار لأنه منها ولا يحنث بما يتغير بالصنعة : كالنبيذ والخلّ والدبس المطبوخ لأنه ليس بخارج منها حقيقة ، فان الخارج منها ما يوجد كذلك متصلا بها ، بخلاف غير المطبوخ وعصير العنب لأنه كذلك متصل بها إلا أنه منكتم فزال الانكتام بالعصير ؛ ولو أكل من عين النخلة لايحنث لأنها حقيقة مهجورة . (و) لو حلف لايأكل (من هذه الشاة فعلى اللحم واللبن والزبد) لما مرّ ، وفى الاستحسان على اللحم خاصة ، لأن عين الشاة مأكول فانصرفت اليمين إلى اللحم خاصة ، ولا يحنث باللبن والزبد والسمن . قال (ولا يدخل بيض السمك فى البيض) للعرف ، فإن اسم البيض عرفا يتناول بيض الطير كالدجاج والأوز مما له قشر ، فلا يدخل بيض السمك إلا بنية لأنه بيض حقيقة وفيه تشديد على نفسه (والشراء كالأكل) فاليمين على الشراء كاليمين على الأكل . حلف لايأكل حراما فاضطرّ إلى الميتة والخمر فأكل ، روى عن أبى يوسف أنه يحنث لأنه حرام ، إلا أنه مرفوع الإثم عن المضطرّ كفعل الصبىّ والمعتوه ، والحرام لايوصف بأنه حلال لهما وإن وضع الإثم عنهما . وروى عنه أنه لايحنث . وعن محمد مايدلّ عليه فانه قال فى الإكراه : إن الله تعالى أحلّ الميتة حالة الضرورة ، فاذا امتنع عن الأكل حالة الإكراه أثم ، ولو أكل طعاما مغصوبا حنث ؛ ولو اشترى بدرهم مغصوب لايحنث .

حَلَفَ لَيَصْعَدَنَّ السَّمَاءَ أَوْ لَيَطِيرَنَّ فِى الهَوَاءِ انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ وَحَنِثَ لِلْحَالِ . حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّهُ إِنِ اسْتَطَاعَ فَهِىَ عَلَى اسْتِطَاعَةِ الصِّحَّةِ . حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّهُ فَلَمْ يَأْتِهِ حَتَّى مَاتَ حَنِثَ فِى آخِرِ حَيَاتِهِ ؛

فصــــل

(حلف ليصعدنّ السماء أو ليطيرنّ فىالهواء انعقدت يمينه وحنث للحال) وقال زفر : لاينعقد لأنه مستحيل عادة فصار كالمستحيل حقيقة . ولنا أن اليمين عقد من العقود فتنعقد إذا كان المعقود عليه موجودا أو متوهما ، وإذا لم يكن موجودا ولا متوهما لم ينعقد ، ألا ترى أن بيع الأعيان المباحة منعقد ، لأن المعقود عليه موجود ، وبيع المدبر منعقد لأنه متوهم دخوله تحت العقد بالحكم وإن كان بغير فعل العاقد ، وبيع الحرّ ليس بمنعقد لأنه غير داخل فى العقد ولا متوهم الدخول فكذلك اليمين ينعقد على الفعل المقدور والموهوم ولا ينعقد على غير المقدور والموهوم ، وما نحن فيه مقدورموهوم يدخل تحت قدرة قادر ، ألا ترى أن من الأنبياء صلوات الله عليهم من صعد السماء والملائكة يصعدون فى كل وقت وينزلون ، وإذا كان متوهما انعقدت اليمين ثم يحنث فى الحال حكما للعجز الثابت عادة كموت الحالف ، وعلى هذا الأصل تخرج مسائل كثيرة من هذا الجنس لمن يتأملها . قال (حلف ليأتينه إن استطاع فهى على استطاعة الصحة) معناه : إذا لم يعرض له أمر يمنعه من مرض أو سلطان أو نحوه ولم يأته حنث ، لأن الاستطاعة فىالعرف الاستطاعة من حيث سلامة الآلة وعدم الموانع ، وإن عين استطاعة القضاء والقدر صدق ديانة لأنه خلاف الظاهر ، وفى رواية تصحّ قضاء أيضا لأنه حقيقة ، لأن الاستطاعة الآلية تقوم بالاستطاعة التقديرية على المذهب الصحيح . قال (حلف ليأتينه فلم يأته حتى مات حنث فى آخر حياته) لأن الحنث إنما يتحقق بالموت إذ البرّ مرجوّ قبله . حلف ليأتينه فهو على أن يأتى منزله أو حانوته لقيه أو لم يلقه ، لأن الإتيان الوصول إلى مكانه دون ملاقاته ، وعن محمد: لأوافينك غدا فهو على اللقاء ، فإن أتاه فلم يلقه حنث . حلف لاتأتى زوجته العرس فذهبت قبل العرس وأقامت حتى مضى العرس لايحنث ، لأن العرس أتاها لاأتته . وعن محمد : لأعودنّ فلانا غدا فعاده ولم يؤذن له برّ ، وكذلك الإتيان إذا أتاه فلم يؤذن له . حلف لاتذهب زوجته إلى بيت والدها فذهبت إلى باب الدار ولم تدخل لم يحنث . وعن أبى يوسف : حلف لاأرافق فلانا فهو على الاجتماع فىالطعام أو شىء يجتمعان عليه بأن كان مقامهما فىمكان واحد ، وإن كانا فى سفينة وطعامهما ليس بمجتمع ولا يأكلان على خوان واحد فليس بمرافقة . وعن محمد : إن كان معه فى محمل أوكان كراهما واحدا

وَلَوْ قالَ : إنْ أكَلْتُ ، أوْ شَرِبْتُ ، أوْ لَبِسْتُ ، أوْ كَلَّمْتُ ، أوْ تَزَوَّجْتُ ، أوْ خَرَجْتُ وَنَوَى شَيْئًا بِعَيْنِهِ لَمْ يُصَدَّقْ ؛ وَلَوْ قالَ : إنْ أكَلْتُ طَعَاما ، أوْ شَرِبْتُ شَرَابا ، أوْ لَبِسْتُ ثَوْبا ، وَنَحْوَ ذلكَ وَنَوَى شَيْئًا دُونَ شَيْءٍ صُدِّقَ دِيانَةً خاصَّةً ، وَالرَّيحانُ اسْمٌ لِمَا لاساقَ لَهُ فَلا يَحْنَثُ بالْيَاسمينِ وَالوَرْدِ . وَالوَرْدُ وَالبَنَفْسَجُ هُوَ الوَرَقُ . وَالخَاتَمُ النُّقْرَةُ لَيْسَ بِحُلِيّ ، وَالذَّهَبُ حُلِيٌّ ،

أو قطارهما واحدا فهى مرافقة ، وإن كان كراهما مختلفا والمسير واحد فليس بمرافقة . قال (ولو قال : إن أكلت أو شربت ، أو لبست أو كلمت أو تزوجت أو خرجت ونوى شيئا بعينه لم يصدق ؛ ولو قال : إن أكلت طعاما أو شربت شرابا أو لبست ثوبا ونحو ذلك ونوى شيئا دون شيء صدق ديانة خاصة) والأصل فيه أن من ذكر لفظا عاما ونوى تخصيص ما فى لفظه صدق فيما بينه وبين الله تعالى ولم يصدق فى القضاء ، لأن المتكلم بالعموم قد يريد الخصوص ، فاذا نوى صارت نيته دلالة على التخصيص كالدلالة الشرعية على تخصيص العموم ، إلا أن الظاهر من اللفظ العموم فلا يصدق فى القضاء لأنه خلاف الظاهر ؛ فأما إذا نوى تخصيص ما ليس فى لفظه لايصدق أصلا ، لأن الخصوص يتبع الألفاظ دون المعانى ، فما ليس فى لفظه لايصحّ تخصيصه ، ففى الفصل الأوّل الطعام والثوب ونحوهما ليس مذكورا فقد نوى تخصيص ما ليس فى لفظه فلا يصدق ، الفصل الثانى : إذا قال : عنيت الخبز أو اللحم فقد نوى تخصيص مافى لفظه فيصدق ديانة لاقضاء لما بينا ؛ ولو قال : لاأشرب الماء ولا أتزوّج النساء حنث بشرب قطرة من الماء وتزويج امرأة واحدة لأنه لايمكن استيعاب الجنس فيحمل على الأدنى ، ولو نوى الجنس صدق لأنه نوى حقيقة كلامه وإن كان خلاف الظاهر ، لأن الحقيقة أحد الظاهرين فيصدق فيها إذا نواها . قال (والريحان اسم لما لاساق له) لغة (فلا يحنث بالياسمين والورد) وقيل يحنث فى عرفنا ، فان الريحان اسم لما له رائحة طيبة من النبات عرفا فيحنث بهما وبالشاهسبرم (١) ، والعنبر والآس لايسمى ريحانا عرفا . قال (والورد والبنفسج هو الورق) عرفا ، وأصحابنا قالوا : لو حلف لايشترى بنفسجا فاشترى دهنه حنث ، ولو اشترى ورقه لايحنث ، وكذا كان عرف أهل الكوفة ، أما عرفنا فكما ذكرت ؛ ولو حلف لايشمّ طيبا فدهن لحيته بدهن طيب لايحنث لأنه لايعدّ شما عرفا . قال (والخاتم النقرة (٢) ليس بحلىّ ، والذهب حلىّ) فلو حلف لايلبس حليا لايحنث بخاتم النقرة ، لأن النقرة

---

(١) سألت بعض طلبة الأتراك فى الأزهر ، فقالوا يوجد فى لغتهم شاهسبرم . الشاه سيرغم ومعنى شاه : ملك أو سلطان ، ومعنى سبرغم : الريحان ، ومعناها بالعربية : الريحان السلطانى .

(٢) النقرة ، المراد بها : الفضة .

وَالعِقْدُ اللُّؤْلُؤُ لَيْسَ بِحُلِيٍّ حَتَّى يَكُونَ مُرَصَّعًا . حلَفَ لايَنَامُ عَلى فِرَاشٍ فَجَعَلَ عَلَيْهِ فِرَاشًا آخَرَ وَنَامَ لَمْ يَحْنَثْ ، وَإِنْ جَعَلَ قِرَامًا فَنَامَ حَنِثَ ، وَالضَّرْبُ وَالكَلامُ وَالكِسْوَةُ وَالدُّخُولُ عَلَيْهِ يَتَقَيَّدُ بِحَالِ الحَيَاةِ .

تلبس لإقامة السنة وللختم لاللتزين ، والحلىّ ما يتزين به ، ولا كذلك الذهب فانه يتزين به ، ولو كان الخاتم مما يلبسه النساء من الحجر أو الفضة قيل يحنث لأنه للزينة ، وقيل لايحنث لأنه يحلّ للرجال ولا يحلّ لهم التزين بالحلىّ . قال (والعقد اللؤلؤ ليس بحلىّ حتى يكون مرصعا) والمعتبر فى اليمين العرف لاالحقيقة ، ولفظ القرآن كما تقدّم . وقال أبو يوسف ومحمد : هو حلىّ وإن لم يكن مرصعا لأنه حلىّ حقيقة بدليل تسمية القرآن وعليه الفتوى لأنه صار معتادا فهو اختلاف عادة وزمان ، فعلى قول أبى حنيفة ينبغى أن يجوز للرجل لبس العقد الغير المرصع لأنه ليس بحلىّ ؛ ولو علقت المرأة فى عنقها ذهبا غير مصنوع لايحنث ، والمنطقة المفضضة والسيف المحلى ليس بحلىّ لما مرّ . قال (حلف لاينام على فراش فجعل عليه فراشا آخر ونام لم يحنث ، وإن جعل عليه قراما (١) فنام حنث) لأن القرام تبع للفراش ، ألاترى أنه لو كان القرام ثوبا طبريا والفراش ديباجا ، يقال نام على فراش ديباج ، ولو كان الأعلى ديباجا والأسفل خزا يقال : نام على الديباج . وعن أبى يوسف فى الأمالى أنه يحنث فى الفراش أيضا لأنه نائم على الفراشين حقيقة ، وصار كما إذا حلف لايكلم رجلا فكلمه وآخر بخطاب واحد . جوابه أن الشىء لايستتبع مثله ، وفى العرف لاينسب إلا إلى الأعلى ، وفى الكلام هو مخاطب لكلّ واحد منهما حقيقة وعرفا وشرعا والسرير والدكان والسطح كالفراش إن جعل عليه سريرا آخر وبنى على السطح سطحا آخر فنام على الأعلى لايحنث لما بينا ؛ وإن جعل على السرير أو السطح أو الدكان بساطا أو فراشا أو نحوه ونام عليه حنث لأنه يعدّ نائما على السطح والسرير والدكان ، ومتى جلس على ما يحول بينه وبين الأرض فليس بجالس عليها لأنه لايسمى جالسا على الأرض إلا أن يجلس على ثيابه فتحول بينه وبين الأرض لأنها تبع له فلا يعدّ حائلا ، ولهذا يقال هو جالس على الأرض . قال (والضرب والكلام والكسوة والدخول عليه يتقيد بحال الحياة) لأن الضرب هو الفعل المؤلم ولا يتحقق فى الميت والمراد ، بالكلام الإفهام وأنه يختصّ بالحىّ ، والمراد بالكسوة عند الإطلاق التمليك كما فى الكفارة ولا تمليك من الميت ، وإن نوى به الستر صحّ لأنه محتمل كلامه ، وأما الدخول عليه فلأنه يراد به الزيارة عرفا فى موضع يجلس فيه للزيارة والتعظيم حتى لو لم يقصده بالدخول بأن دخل على غيره

---

(١) القرام بكسر القاف : الملاءة .

حَلَفَ لَيَضْرِبَنَّهُ حَتَّى يَمُوتَ أَوْ حَتَّى يَقْتُلَهُ فَهُوَ عَلَى أَشَدِّ الضَّرْبِ . حَلَفَ لايَضْرِبُ امْرأَتَهُ فَخَنَقَهَا أَوْ مَدَّ شَعْرَهَا أَوْ عَضَّهَا حَنِثَ .

حَلَفَ لايَصُومُ فَنَوَى وَصَامَ ساعَةً حَنِثَ ، وَإِنْ قالَ صَوْماً لَمْ يَحْنَثْ إِلاَّ بِتَمامِ اليَوْمِ . حَلَفَ لايُصَلِّي فَقَامَ وَقَرأَ وَرَكَعَ لَمْ يَحْنَثْ ما لَمْ يَسْجُدْ ؛ وَلَوْ قالَ : صَلاةً لَمْ يَحْنَثْ إِلاَّ بِتَمامِ رَكْعَتَيْنِ . وَمَنْ قالَ لِأَمَتِهِ : إِنْ وَلَدْتِ وَلَداً فأَنْتِ حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ وَلَداً مَيِّتاً عَتَقَتْ ، وكَذَلِكَ الطَّلاقُ ،

أو لحاجة أخرى ، أو دخل عليه فى موضع لايجلس فيه للزيارة لايكون دخولا عليه ؛ ولو دخل عليه فى المسجد والظلة والدهليز لايكون دخولا عليه إلا إن اعتادوا الجلوس فيه للزيارة . وذكر الكرخي عن ابن سماعة ضدّ هذا فقال : لو حلف لايدخل على فلان فدخل على قوم هو فيهم حنث وإن لم يعلم لأنه دخل على المحلوف عليه والعلم ليس بشرط ، كما لو حلف لايكلمه فكلمه وهو لايعرفه والمذهب الأول . رجلان حلف كلّ واحد منهما لايدخل على صاحبه فدخلا فى المنزل معا لايحنثان . ولو قال : إن غسلتك فعبدى حرّ فانه يتناول حالتى الحياة والموت ، لأنه عبارة عن الإسالة للتطهير وذلك يوجد فى الحىّ والميت . قال (حلف ليضربنه حتى يموت أو حتى يقتله فهو على أشدّ الضرب) لأنه المراد فى العرف ؛ ولو قال : حتى يغشى عليه أو حتى يبكى أو يبول أو يستغيث فلا بدّ من وجود هذه الأشياء حقيقة ؛ ولو قال : لأضربنك بالسياط حتى تموت فهو على المبالغة ؛ ولو قال : لأضربنك بالسيف حتى تموت فهو على الموت حقيقة . وعن أبى يوسف فيمن قال لامرأته : إن لم أضربك حتى أتركك لاحية ولا ميتة فهو أن يضربها ضربا يوجعها (حلف لايضرب امرأته فخنقها أو مد شعرها أو عضها حنث) لأن الضرب اسم لفعل مؤلم

فصــــل

(حلف لايصوم فنوى وصام ساعة حنث) لأن الصوم هو الإمساك عن المفطرات مع النية وقد وجد (وإن قال صوما لم يحنث إلا بتمام اليوم) لأنه يراد به الصوم التامّ ، وذلك صوم اليوم لأن ما دونه ناقص . قال (حلف لايصلى فقام وقرأ وركع لم يحنث ما لم يسجد) لأن الصلاة عبارة عن الأركان ، فما لم يأت بها لاتسمى صلاة ، بخلاف الصوم لأنه عبارة عن الإمساك وأنه موجود فى أوّل جزء من اليوم وفى الجزء الثانى يتكرّر (ولو قال صلاة لايحنث إلا بتمام ركعتين) لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا وأقلّ ذلك ركعتان . قال (ومن قال لأمته : إن ولدت ولدا فأنت حرّة ، فولدت ولدا ميتا عتقت ، وكذلك الطلاق) لوجود الشرط وهو ولادة الولد ، ألا يرى أنه يقال : ولدت ولدا حيا ، وولدت ولدا ميتا

وَلَوْ قالَ : فَهُوَ حُرٌّ فَوَلَدَتْ مَيِّتاً ثُمَّ حَيًّا عَتَقَ الحَيُّ (سم) ؛ وَمَنْ قالَ : مَنْ بَشَّرَنِي بِقُدُومِ فُلانٍ فَهُوَ حُرٌّ فَبَشَّرَهُ جَماعَةٌ مُتَفَرِّقُونَ عَتَقَ الأَوَّلُ ، وَإِنْ بَشَّرُوهُ جَمِيعاً عَتَقُوا ؛ وَلَوْ قالَ : مَنْ أَخْبَرَنِي عَتَقُوا فِي الوَجْهَيْنِ . قالَ : إِنْ تَسَرَّيْتُ جارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ فَتَسَرَّى جارِيَةً كانَتْ فِي مِلْكِهِ عَتَقَتْ ، وَلَوِ اشْتَراها وَتَسَرَّى بِها لَمْ تَعْتِقْ . حَلَفَ لايَتَزَوَّجُ فَزَوَّجَهُ غَيْرُهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، فَإِنْ أَجازَ بِالقَوْلِ حَنِثَ ،

(ولوقال : فهو حرّ فولدت ميتا ثم حيا عتق الحيّ) عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : لايعتق لأن اليمين انحلت بوجود الشرط وهو ولادة الولد الميت لاإلى جزاء لأن الميت ليس بمحلّ للحرّية . وله أن الشرط ولادة الحيّ لأنه وصفه بالحرّية ، ومن ضرورتها الحياة فصار كقوله إذا ولدت ولدا حيا فهو حرّ ، ولو قال كذلك عتق الحيّ فكذا هنا ، بخلاف حرّية الأمّ والطلاق لأنه لم يقيده بالحياة فافترقا . قال (ومن قال : من بشرنى بقدوم فلان فهو حرّ فبشره جماعة متفرّقون عتق الأوّل ، وإن بشروه جميعا عتقوا ، ولوقال :من أخبرنى عتقوا فى الوجهين) لأن البشارة عرفا اسم لخبر سارّ صدق ليس عند المبشر علمه لأنه مأخوذ من تغير بشرة الوجه من الفرح عادة ، والسرور إنما يحصل بالصدق لابالكذب وبخبر ليس عنده علمه ، والخبر اسم لمطلق الخبر سواء كان عنده علمه أو لم يكن ويقع على الصدق والكذب ، فنى المسألة الأولى البشارة حصلت بالأوّل لما بينا فعتق ولم تحصل بالباقى لأنه قد علم به فلم تكن بشارة ، وفى الثانية حصلت باخبار الكل فيعتقون ؛ أما الخبر فإنه وجد من الكلّ سواء كانوا متفرّقين أو مجتمعين فيعتقون فى الحالين ، والإعلام كالبشارة يعتق الأوّل لاغير لأنه ما يحصل به العلم وإنما يحصل بالأوّل والبشارة ، والخبر يكون بالكتابة والمراسلة كما يكون بالمشافهة ، والمحادثة بالمشافهة لاغير ، ولهذا يقال : أخبرنا الله تعالى ولا يقال حدّثنا ، فاذا قال : أىّ غلام بشرنى بقدوم فلان فهو حرّ فكتب إليه غلامه بذلك عتق ؛ ولو أن عبدا له أرسل عبدا له آخر بالبشارة فجاء الرسول وقال للمولى : إن فلانا يقول لك : قد قدم فلان عتق المرسل دون الرسول وهو بمنزلة الكتاب ؛ ولو قال الرسول: إن فلانا قدم ولم يقل له أرسلنى فلان عتق الرسول خاصة (قال : إن تسرّيت جارية فهى حرّة فتسرّى جارية كانت فى ملكه عتقت ، ولواشتراها وتسرّى بها لم تعتق) والفرق أن فى المسألة الأولى تناولها اليمين لكونها فى ملكه ، وفى المسألة الثانية لم تكن فى ملكه فلم يتناولها اليمين . وقال زفر رحمه الله : تعتق فى الوجهين لأن ذكر التسرّى ذكر للملك ، لأن التسرّى لايصحّ إلا فى الملك . قلنا الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى فيتقدّر بقدره لا يظهر فى حقّ الحرّية وهو الجزاء ، لأن الثابت بالضرورة يتقدّر بقدرها . قال (حلف لايتزوّج فزوّجه غيره بغير أمره ، فان أجاز بالقول حنث) لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن

وَإِنْ أجازَ بالفِعْلِ لايَحْنَثُ ، وَلَوْ أمَرَ غَيْرَهُ أنْ يُزَوِّجَهُ حَنِثَ ،وكَذَلِكَ الطَّلاقُ وَالعتاقُ . حَلَفَ لايُزَوِّجُ عَبْدَهُ أوْ أمَتَهُ يَحْنَثُ بالتَّوْكيلِ وَالإجازَةِ وكَذَلِكَ ابْنَهُ وَابْنَتَهُ الصَّغِيرَيْنِ ، وفِى الكَبِيرَيْنِ لايَحْنَثُ إلاَّ بالمُباشَرَةِ ؛ حَلَفَ لايَضْرِبُ عَبْدَهُ فوَكَّلَ بِهِ حَنِثَ، وَإنْ نَوَى أنْ لايُباشِرَهُ بِنَفْسِهِ صُدِّقَ قَضاءً. وَلَوْ حَلَفَ لايَضْرِبُ وَلَدَهُ فأمَرَ بِهِ لَمْ يَحْنَثْ ؛ وَذَبْحُ الشَّاةِ كَضَرْبِ العَبْدِ . حَلَفَ لايَبِيعُ فوَكَّلَ بِهِ لَمْ يَحْنَثْ، وكَذَا سائِرُ المُعاوضَاتِ المالِيَّةِ .

فى الابتداء على ما عرف فى تصرّفات الفضولى (وإن أجاز بالفعل) كاعطاء المهر ونحوه المختار أنه (لايحنث) لأن العقود تختصّ بالأقوال فلا يكون فعله عقدا وإنما يكون رضا ، وشرط الحنث العقد لا الرضا . وروى عن محمد أنه لايحنث فى الوجهين ، وأفتى به بعض المشايخ ، لأن الإجازة ليست بانشاء للعقد حقيقة ، وإنما هو تنفيذ لحكم العقد بالرضا به (ولو أمر غيره أن يزوّجه حنث) لأن الوكيل فى النكاح سفير ومعبر على ما عرف فى موضعه . ولو قال : عنيت أن لا أتكلم به صدق ديانة لأنه يحتمله لاقضاء لأنه خلاف الظاهر (وكذلك) الحكم فى (الطلاق والعتاق) وكل عقد لاترجع حقوقه إلى الوكيل كالكتابة والخلع والهبة والصدقة والوديعة والعارية والقرض والاستقراض ، وكذلك كل فعل ليس له حقوق كالضرب والقتل والذبح والكسوة والقضاء والاقتضاء والخصومة والشركة فانه يحنث بفعله وبالأمر. وفى الصلح روايتان بمنزلة البيع والنكاح (حلف لايزوّج عبده أو أمته يحنث بالتوكيل والإجازة) لأن ذلك مضاف إليه متوقف على إرادته لملكه وولايته (وكذلك ابنه وابنته الصغيرين) لولايته عليهما (وفى الكبيرين لايحنث إلا بالمباشرة) لعدم ولايته عليهما فهو كالأجنبى عنهما فيتعلق بحقيقة الفعل . قال (حلف لايضرب عبده فوكل به حنث) لأن منفعة ذلك ترجع إلى المالك فيجعل مباشرا لأنه لاحقوق له ترجع إلى الوكيل (وإن نوى أن لايباشره بنفسه صدق قضاء) لأنه فعل حسى ، فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق قضاء وديانة ، بخلاف ماتقدّم من النكاح وأخواته لأنه تكلم بكلام يفضى إلى النكاح والطلاق والأمر بذلك مثل التكلم به ، فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخاصّ من العام فيصدّق ديانة لاقضاء . قال (ولو حلف لايضرب ولده فأمر به لم يحنث) لأن منفعته عائدة إلى الولد وهو التثقيف والتأديب فلا ينسب إلى الآمر ، بخلاف ضرب العبد على ما تقدّم (وذبح الشاة كضرب العبد) حلف لايضرب حرّا فأمر غيره فضربه لايحنث لأنه لايملك ضرب الحرّ إلا أن يكون سلطانا أو قاضيا فيحنث لأنه يملك ضربه حدّا وتعزيرا فيصحّ الأمر به . قال (حلف لايبيع فوكل به لم يحنث ، وكذا سائر المعاوضات المالية)

حَلَفَ لايَبيعُ فَباعَ وَلَمْ يَقبَلِ المُشتَرِى لايَحنَثُ ، وكَذَلِكَ الإجارَةُ وَالصَّرْفُ وَالسَّلَمُ وَالرهْنُ وَالنِّكاحُ وَالخُلْعُ ، وَلَوْ وَهَبَ أَوْ تَصَدَّقَ ، أَوْ أَعارَ فَلَمْ يُقْبَلْ حَنِثَ . حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ إلى قَرِيبٍ فَمَا دُونَ الشَّهْرِ ، وَبَعِيدٍ أَكْثَرُ مِنَ الشَّهْرِ ، وَإِنْ قالَ : لَيَقْضِيَنَّهُ اليَوْمَ فَفَعَلَ ، وَبَعْضُها زُيُوفٌ ، أَوْ نَبَهرَجَة ، أَوْ مُسْتَحَقَّةٌ لَمْ يَحْنَثْ ، وَلَوْ كانَ رَصَاصًا أَوْ سَتُّوقَةً حَنِثَ .

لأن العقد يوجد من العاقد حتى ترجع الحقوق إليه على مامرّ فى البيوع فلم يوجد الشرط وهو العقد من الحالف إلا أن ينوى ذلك لأن فيه تشديدا عليه ، أو يكون الحالف ممن لايباشر العقود كالسلطان والمخدرة ، لأنه إنما يمنع نفسه عما يعتاد ، ولو كان الحالف يباشر مرّة ويوكل أخرى تعتبر الغلبة . قال (حلف لايبيع فباع ولم يقبل المشترى لايحنث ، وكذلك الإجارة والصرف والسلم والرهن والنكاح والخلع ، ولو وهب أو تصدّق أو أعار فلم يقبل حنث) لأن المعاوضة تمليك من الجانبين فيكون القبول ركنا لتحقيق المعاوضة ، وفى غير المعاوضة تمليك من جانب المملك وحده . وقال زفر : لايحنث فى الهبة والصدقة أيضا لأن تمامها بالقبول فصار كالبيع . قلنا الهبة تمليك فتمّ بالمملك والقبول شرط لثبوت الملك دون وجود الهبة ، فصار كالوصية ، والإقرار بخلاف البيع لأنه تمليك وتملك على ما بينا . وعن أبى حنيفة رحمه الله : فى القرض روايتان ، ويحنث بالبيع الفاسد والهبة الفاسدة . وعن أبى يوسف أنه لايحنث . وقال زفر : لايحنث فيه إلا بالقبض ، لأن المقصود الملك وهو بالقبض . قلنا هو بيع حقيقة لوجود الإيجاب والقبول وعلى هذا البيع بشرط الخيار . قال (حلف ليقضينّ دينه إلى قريب فما دون الشهر ، وبعيد أكثر من الشهر) لأن ما دون الشهر يعدّ قريبا ، والشهر وما زاد يعدّ بعيدا والعبرة للمعتاد (وإن قال : ليقضينه اليوم ففعل وبعضها زيوف ، أونبهرجة ، أومستحقة لم يحنث) لأنها دراهم إلا أنها معيبة والعيب لايعدم الجنس ، ألا يرى أنه لو تجوّز بها فى الصرف والسلم جاز ، والمستحقة دراهم وقبضها صحيح . وبردّها لاينتقض القبض الأوّل المستحقّ باليمين (ولو كان رصاصا أو ستوقة حنث) لأنهما ليسا بدراهم حتى لو تجوز بهما لايجوز ، وهذا إذا كان الأكثر ستوقا ، أما إذا كان الأكثر فضة لايحنث . حلف ليقضينّ من فلان حقه فأخذه من وكيله أو كفيل عنه بأمره أو محتال عليه بأمر المطلوب برّ ، وإن كانت الكفالة والحوالة بغير أمر المطلوب حنث ، لأن القبض ليس من المحلوف عليه ، ألا يرى أن الدافع لايرجع عليه ، وفى الفصل الأوّل الأخذ من وكيله أخذ منه ، لما بينا أن حقوق القضاء لاترجع إلى المأمور وكذا كفيله بأمره كالوكيل ، ولهذا يرجع بما أدّى عليه ، وكذا لو حلف ليعطينّ فلانا حقه فأمر غيره بالأداء أو أحاله فقبض برّ ، ولو باعه شيئا وقبضه برّ أيضا ، لأن بالبيع

حَلَفَ لايَقْبِضُ دَيْنَهُ مُتَفَرِّقًا فَقَبَضَ بَعْضَهُ لايَحْنَثُ حَتَّى يَقْبِضَ باقِيَهُ ، وَإِنْ قَبَضَهُ فِى وَزْنَتَيْنِ مُتَعاقِبا لَمْ يَحْنَثْ . حَلَفَ لايَفْعَلُ كَذا تَرَكَهُ أَبَدًا ، وَإِن قالَ : لَأَفْعَلَنَّهُ بَرَّ بِواحِدَة . اسْتَحْلَفَ الوالِى رَجُلاً لَيُعْلِمَنَّهُ بِكُلِّ مُفْسِدٍ فَهُوَ عَلَى حالِ وِلايَتِهِ خاصَّةً .حَلَفَ لَيَهَبَنَّهُ فَفَعَلَ وَلَمْ يَقْبَلْ بَرَّ ، وكَذَلِكَ القَرْضُ وَالعارِيَةُ وَالصَّدَقَةُ .

فصـــل

صار الثمن دينا فى ذمته فيتقاصان وهو طريق قضاء الديون ؛ ولو أبرأه أو وهبه حنث لأنه إسقاط محض من جهة الطالب وليس بقضاء من الحالف ، بخلاف البيع على ما بينا . حلف لايفارق غريمه حتى يستوفى حقه فهرب من الغريم لم يحنث . قال (حلف لايقبض دينه متفرّقا فقبض بعضه لايحنث حتى يقبض باقيه) لأن الشرط قبض جميع دينه متفرّقا ولم يوجد شرط الحنث ، ألا يرى أنه لو أبرأه من الباقى أو وهبه لايكون قابضا للكلّ (وإن قبضه فى وزنتين متعاقبا لم يحنث) لأنه قد يتعذّر وزن الكلّ دفعة واحدة فيكون هذا القدر مستثنى من اليمين فلا يحنث به ، وإن اشتغل بين وزنين بعمل آخر حنث لأنه تبدّل المجلس فاختلف الدفع . قال (حلف لايفعل كذا تركه أبدا) لأنه نفى مطلقا فيعمّ (وإن قال : لأفعلنه برّ بواحدة) لأنه فى معرض الإثبات فيبرّ بأىّ فعل فعله ، وإنما يحنث بموته أو بهلاك محلّ الفعل إذا أيس من الفعل . قال (استحلف الوالى رجلا ليعلمنه بكلّ مفسد فهو على حال ولايته خاصة) لأن المقصود من ذلك رفع الفساد ودفع الشرّ بالمنع والزجر ، وذلك فى حال سلطنته وولايته فيتقيد بها ، وزوالها بالموت والعزل (حلف ليهبنه ففعل ولم يقبل برّ ، وكذلك القرض والعارية والصدقة) وقد مرّ الوجه فيه .

فصـــل

النذر قربة مشروعة ، أما كونه قربة فلما يلازمه من القرب كالصوم والصلاة والحج والعتق والصدقة ونحوها . وأما شرعيته فللأوامر الواردة بايفائه ، قال تعالى ـ وليوفوا نذورهم ـ وقال صلى الله عليه وسلم « ف بنذرك » وقال عليه الصلاة والسلام « من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى » وقال عليه الصلاة والسلام « من نذر أن يطيع الله فليطعه » إلى غيرها من النصوص ، وعلى شرعيته الإجماع ، ولا يصح إلا بقربة لله تعالى من جنسها واجب كالقرب المذكورة ، ولا يصحّ بما ليس لله تعالى من جنسها واجب كالتسبيح والتحميد وعيادة المرضى وتكفين الميت وتشييع الجنازة وبناء المساجد ونحوها . والأصل فيه

وَلَوْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا فَعَلَيْهِ الوَفاءُ بِهِ ، وكَذَلِكَ إنْ عَلَّقَهُ بِشَرْطٍ فَوُجِدَ . وعَنْ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ آخرًا : أنَّهُ يُجْزِئُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ إذَا كانَ شَرْطا لايُرِيدُ وُجُودَهُ ،

أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، إذ لاولاية له على الإيجاب ابتداء ، وإنما صححنا إيجابه في مثل ما أوجبه الله تعالى تحصيلا للمصلحة المتعلقة بالنذر ، ولا يصحّ النذر بمعصية . قال صلى الله عليه وسلم « لانذر في معصية الله تعالى » . قال (ولو نذر نذرا مطلقا) أي بغير شرط ولا تعليق كقوله : عليّ صوم شهر أو نحوه (فعليه الوفاء به) لما تقدّم (وكذلك إن علقه بشرط فوجد) لأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده ، ولأن النذر موجود نظرا إلى الجزاء ، والجزاء هو الأصل والشرط تبع ، واعتبار الأصل أولى فصار كالمنجز (وعن أبي حنيفة رحمه الله آخرا : أنه يجزئه كفارة يمين إذا كان شرطا لايريد وجوده) كقوله : إن كلمت فلانا أو دخلت الدار فعليّ صوم سنة أو صدقة ما أملكه ، وهو قول محمد رحمه الله ، واختاره بعض المشايخ للبلوى والضرورة ، ولو أدّى ما التزمه يخرج عن العهدة أيضا لأن فيه معنى اليمين وهو المنع ، وهو نذر لفظا فيختار أيّ الجهتين شاء ؛ ولو كان شرطا يريد وجوده كقوله : إن شفى الله مريضي أو قضى ديني أو قدمت من سفري لايجزيه إلا الوفاء بما سمى لأنه نذر بصيغته وليس فيه معنى اليمين ؛ ولو قال : إن فعلت كذا فألف درهم من مالي صدقة ففعل وليس في ملكه إلا مائة درهم لايلزمه غيرها ، لأن النذر بما لايملك لايصحّ ؛ ولو نذر صوم الأبد فضعف لاشتغاله بالمعيشة أفطر لئلا تختلّ فرائضه ويفدى كالشيخ الفاني في شهر رمضان ؛ ولو نذر عددا من الحجّ يعلم أنه لايمكنه لايأمر غيره بالحجّ عنه لأنه لايعرف قدر الفائت ، بخلاف الصوم . قال أبو حنيفة رضي الله عنه : لو قال لله عليّ إطعام عشرة مساكين أو كسوة عشرة مساكين لايجزئه إلا ما يجزئ في كفارة اليمين لما تقدّم أنه معتبر بإيجاب الله تعالى ؛ وقوله : لله عليّ طعام مساكين ، كقوله إطعام ، لأن الطعام اسم عين وإنما يصحّ إيجاب الفعل . وقال أبو يوسف : لو قال : لله عليّ طعام أطعم ما شاء ولو لقمة ؛ ولو قال : عليّ نذر ونوى الصوم أو الصدقة دون العدد لزمه في الصوم ثلاثة أيام ، وفي الصدقة إطعام عشرة مساكين اعتبارا بالواجب في كفارة اليمين إذ هو الأقلّ فكان متيقنا ؛ ولو نذرت صوم أيام حيضها أو قالت : لله عليّ أن أصوم غدا فحاضت فهو باطل عند محمد وزفر رحمهما الله ، لأنها أضافت الصوم إلى وقت لايتصوّر فيه . وقال أبو يوسف رحمه الله : يقضى في المسألة الثانية ، لأن الإيجاب صدر صحيحا في حال لاينافي الصوم ولا إضافته إلى زمان ينافيه ، إذ الصوم متصوّر فيه والعجز بعارض محتمل كالمرض فتقضيه وصار كما إذا نذرت صوم شهر يلزمها قضاء أيام حيضها لأنه لايجوز خلوّ الشهر عن الحيض

وَلَوْ نَذَرَ ذَبْحَ وَلَدِهِ أَوْ نَحْرَهُ لَزِمَهُ ذَبْحُ شَاةٍ .

فصحّ الإيجاب ؛ ولو نذر صوم اليوم الذى يقدم فيه فلان فقدم ليلا لاشىء عليه ، وكذا لو قدم بعد الزوال أو قبله وقد أكل عند محمد ، لأن المعلق بالشرط كالمتكلم به عند وجوده . وقال أبو يوسف : يقضى فى الفصلين الآخرين كما إذا نذرت صوم غد فحاضت ؛ ولو قدم فى رمضان أو فى يوم الفطر قضاه ولا يجزئه صومه ، لأن الإيجاب خرج صحيحا ؛ ولو نذر صلاة ركعة أو صوم نصف يوم صلى ركعتين وصام يوما ، لأن الركعة صلاة وقربة فى الجملة لاشتمالها على ذكر الله تعالى ، والقراءة وغيرها كالوتر عند بعضهم ، وصوم نصف يوم قربة كامساك غداة الأضحى فصحّ التزامه ثم يلزمه حفظه وإتمامه ضرورة. عدم التجزّى شرعا ، ولو نذر ثلاث ركعات لزمه أربع عند أبى يوسف وركعتان عند زفر ؛ ولو نذر أن يصلى بغير وضوء فليس بشىء . وعن أبى يوسف يلزمه بوضوء لأن إيجاب أصل الصلاة صحيح وذكر الوصف باطل ؛ ولو نذر أن يصلى بغير قراءة أو عريانا صح خلافا لزفر ولزمته بقراءة مستورا ، لأن الصلاة كما ذكر قربة فى الجملة كالأمىّ ومن لايقدر على ثوب فصحّ الإيجاب . قال (ولو نذر ذبح ولده أو نحره لزمه ذبح شاة) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وكذا النذر بذبح نفسه أو عبده عند محمد ؛ وفى الوالد والوالدة عن أبى حنيفة روايتان الأصحّ عدم الصحة . وقال أبو يوسف وزفر : لايصحّ شىء من ذلك لأنه معصية فلا يصحّ . ولهما فى الولد مذهب جماعة من الصحابة كعلىّ وابن عباس وغيرهما رضى الله عنهم ، ومثله لايعرف قياسا فيكون سماعا ، ولأن إيجاب ذبح الولد عبارة عن إيجاب ذبح الشاة ، حتّى لونذر ذبحه بمكة يجب عليه ذبح الشاة بالحرم . بيانه قصة الذبيح عليه السلام ، فان الله تعالى أوجب على الخليل عليه السلام ذبح ولده بقوله ـ افعل ما تؤمر ـ وأمره بذبح الشاة حيث قال ـ قد صدّقت الرؤيا ـ فيكون كذلك فى شريعتنا ، إما لقوله تعالى ـ ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفا ـ أو لأن شريعة من قبلنا تلزمنا حتّى يثبت النسخ ، وله نظائر : منها إيجاب الشىء إلى بيت الله تعالى عبارة عن حجّ أو عمرة ، وإيجاب الهدى عبارة عن إيجاب شاة ومثله كثير ، وإذا كان نذر ذبح الولد عبارة عن ذبح شاة لايكون معصية بل قربة حتّى قال الإسبيجابى وغيره من المشايخ : إن أراد عين الذبح وعرف أنه معصية لايصحّ ونظيره الصوم فى حقّ الشيخ الفانى معصية لإفضائه إلى إهلاكه ، ويصحّ نذره بالصوم وعليه الفدية ، وجعل ذلك التزاما للفدية كذا هذا . ولمحمد فى النفس والعبد أن ولايته عليهما فوق ولايته على ولده فكان أولى بالجواز . ولأبى حنيفة أن وجوب الشاة على خلاف القياس عرفناه استدلالا بقصة الخليل عليه السلام ، وإنما وردت فى الولد فيقتصر عليه ؛ ولو نذر بلفظ القتل لايلزمه شىء بالإجماع ، لأن النص ورد بلفظ الذبح

كتاب الحدود

وَهِيَ عُقُوبَةٌ مُقَدَّرَةٌ وَجَبَتْ حَقًّا لِلهِ تَعالى . وَالزّنا : وَطْءُ الرَّجُلِ المَرأةَ فِي القُبُلِ فِي غَيْرِ المِلْكِ وَشُبْهَتِهِ ،

والنحر مثله ، ولا كذلك القتل ، ولأن الذبح والنحر وردا فى القرآن على وجه القربة والتعبد ، والقتل لم يرد إلا على وجه العقوبة والانتقام والنهى ، ولأنه لو نذر ذبح الشاة بلفظ القتل لايصحّ فهذا أولى ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

كتاب الحدود

وهو جمع حدّ ، وهو فى اللغة : المنع ، ومنه الحداد للبوّاب لمنعه الناس من الدخول ، وحدود العقار : موانع من وقوع الاشتراك ، وأحدّت المعتدّة : إذا منعت نفسها من الملاذّ والتنعم على ما عرف ، واللفظ الجامع المانع حدّ ، لأنه يجمع معانى الشىء ويمنع دخول غيره فيه . وحدود الشرع : موانع وزواجر عن ارتكاب أسبابها (و) فى الشرع (هى عقوبة مقدّرة وجبت حقا لله تعالى) وفيها معنى اللغة على ما بينا ، والقصاص لايسمى حدّا لأنه حقّ العباد ، وكذا التعزير لأنه ليس بمقدّر ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى ـ الزانية والزانى ـ الآية ، وقوله تعالى ـ والسارق والسارقة ـ الآية ، وقوله ـ ـ والذين يرمون المحصنات ـ الآية ، وآية المحاربة وغير ذلك . والسنة حديث ماعز والغامدية والعسيف وغيرها من الأحاديث المشهورة على ما يأتى فى أثناء الأبواب إن شاء الله تعالى . والمعقول ، وهو أن الطباع البشرية والشهوة النفسانية مائلة إلى قضاء الشهوة واقتناص الملاذّ وتحصيل مقصودها ومحبوبها من الشرب والزنا والتشفى بالقتل وأخذ مال الغير والاستطالة على الغير بالشتم والضرب خصوصا من القوىّ على الضعيف ، ومن العالى على الدنىء ، فاقتضت الحكمة شرع هذه الحدود حسما لهذا الفساد ، وزجرا عن ارتكابه ليبقى العالم على نظم الاستقامة ، فان إخلاء العالم عن إقامة الزاجر يؤدّى إلى انخرامه ، وفيه من الفساد ما لايخفى ، وإليه الإشارة بقوله تعالى ـ ولكم فى القصاص حياة ـ . ومن كلام حكماء العرب : القتل أنفى للقتل . قال (والزنا : وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهته) أما الأوّل فلعموم موارد استعمال اسم الزنا ، فانه متى قيل فلان زنى ، يعلم أنه وطئ امرأة فى قبلها وطئاً حراما ؛ ألا يرى أن ماعزا لما فسر الزنا بالوطء فى القبل حراما كالميل فى المكحلة حدّه النبىّ صلى الله عليه وسلم ؛ وأما كونه فى غير الملك فلأن الملك سبب الإباحة فلا يكون زنا ؛ وأما عدم الشبهة فلقوله عليه الصلاة والسلام « ادرءوا الحدود

وَيَثْبُتُ بالبَيِّنَةِ وَالإقْرَارِ . وَالبَيِّنَةُ : أنْ يَشْهَدَ أرْبَعَةٌ عَلى رَجُلٍ وَامْرأةٍ بالزّنا ، فاذَا شَهِدُوا يَسألهُمُ القاضِي عَنْ ماهِيَّتِهِ وكَيْفيَّتِهِ ومَكانِهِ وزَمانِهِ وَالمَزْنِيِّ بِهَا ، فاذَا بَيَّنُوا ذَلِكَ ، وَذَكَرُوا أنها مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ ، وَشَهِدُوا بِهِ كالميلِ فى المُكْحُلَةِ ، وَعُدِّلُوا فى السِّرِّ وَالعَلانِيَةِ حَكَمَ بِهِ ، فإنْ نَقَصُوا عَنْ أرْبَعَةٍ فَهُمْ قَذَفَةٌ :

بالشبهات » ولا بدّ فيه من مجاوزة الختان ، لأن المخالطة بذلك تتحقق وما دون ذلك ملامسة لايتعلق بها أحكام الوطء من غسل وكفارة وصوم وفساد حجّ . قال (ويثبت بالبينة والإقرار) لأنهما حجج الشرع ، وبهما تثبت الأحكام على ما مرّ فى الدعاوى ، وقوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ـ دليل على أن الزنا الذى رموهم به يثبت إذا أتوا بأربعة شهداء حتى يسقط عنهم حدّ القذف وهى البينة . وأما الإقرار فالصدق فيه راجح لأنه إقرار على نفسه وفيه مضرّة على نفسه ، وبه رجم عليه الصلاة والسلام ماعزا ، والعلم القطعى متعذّر فى حقنا فيكتفى بالظاهر الراجح (والبينة . أن يشهد أربعة على رجل وامرأة بالزنا) لما تلونا ، ولقوله تعالى ـ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهنّ أربعة منكم ـ شرط الأربعة للحديث الذى تقدّم فى اللعان (فاذا شهدوا يسألهم القاضى عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزنى بها) لأن فى ذلك احتيالا للدرء المندوب إليه بقوله عليه الصلاة والسلام « ادرءوا الحدود ما استطعتم » . أما السؤال عن ماهيته وكيفيته فلاحتمال أنه اشتبه عليه فظنّ غير الزنا زنا ، فان ما دون الزنا يسمى زنا مجازا ، قال عليه الصلاة والسلام « العينان تزنيان ، واليدان تزنيان ، والرجلان تزنيان ، ويحقق ذلك الفرج (١) » . وأما السؤال عن المكان والزمان فلاحتمال أنه زنا فى دار الحرب أو فى زمان الصبا ، أو فى المتقادم من الزمان فيسقط الحدّ على ما يأتى إن شاء الله تعالى . وأما السؤال عن المزنى بها لاحتمال أنها ممن تحلّ له أو له فيها شبهة لايعرفها الشهود ، فان سألهم فقالوا : لانزيد على هذا لايحدّون لأنهم شهدوا بالزنا وهم أربعة وما قذفوا . قال (فاذا بينوا ذلك وذكروا أنها محرّمة عليه من كل وجه ، وشهدوا به كالميل فى المكحلة وعدّلوا فى السرّ والعلانية حكم به) لثبوته بالبينة ، وكيفية التعديل ذكرناه فى الشهادات ، ولم يكتف أبو حنيفة رحمه الله بظاهر العدالة فى الحدود احتيالا للدرء المندوب إليه (فإن نقصوا عن أربعة فهم قذفة) يحدّون للقذف إذا طلب المشهود عليه لأنه تعالى أوجب الحدّ عند عدم شهادة الأربع ، وكذلك إن جاءوا متفرّقين إلا أن يكون فى مجلس واحد فى ساعة

---

(١) قوله ويحقق ذلك الفرج ، تتمة الحديث فى رواية أخرى « والفرج يصدّق ذلك ويكذبه »

وَإِنْ رَجَعُوا قَبْلَ الرَّجْمِ سَقَطَ وَحُدُّوا ، وَإِنْ رَجَعُوا بَعْدَ الرَّجْمِ يَضْمَنُونَ الدِّيَةَ ، وَإِنْ رَجَعَ وَاحِدٌ فَرُبُعُها ، وَإِنْ شَهِدُوا بِزِنًا مُتَقادِمٍ لَمْ يَمْنَعْهُمْ عَنْ إِقامَتِهِ بُعْدُهُمْ عَنِ الإمامِ لَمْ تُقْبَلْ .

واحدة ، لأن قولهم احتمل أن يكون شهادة ، واحتمل أن يكون قذفا ، وإنما تتميز الشهادة عن القذف إذا وقعت جملة ، ولا يمكن ذلك دفعة واحدة منهم فاعتبرنا اتحاد المجلس وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لايعرفونها لم يحدّ لقيام الشبهة لاحتمال أنها زوجته أو أمته . قال (وإن رجعوا قبل الرجم سقط وحدّوا) أما سقوط الحدّ فلبطلان الشهادة بالرجوع ؛ وأما وجوب الحدّ عليهم فلأنهم قذفة (وإن رجعوا بعد الرجم يضمنون الدية) لأنهم تسببوا إلى قتله ، والمتسبب تجب عليه الدية كحافر البئر (وإن رجع واحد فربعها) لأنه تلف بشهادته ربع النفس ؛ أو نقول : بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحقّ فيكون التالف بشهادته ربع الحقّ ، ولا وجه إلى وجوب القصاص لأنه متسبب ولاقصاص على المتسبب ، ويحدّ حدّ القذف مع الدية خلافا لزفر لأنه قذف حيا ومات فبطل ؛ وإن كان قذف ميتا فقد رجم بقضاء فأورث شبهة . ولنا أن الشهادة إنما تصير قذفا بالرجوع فيجعل قاذفا للميت حالة الرجوع فقد بطلت الحجة فبطل القضاء الذى يبتنى عليها فلا يورث شبهة ؛ وإن رجعوا بعد الجلد فالحدّ لما مرّ ولا يضمنون أرش السياط ، وكذلك إن مات من الجلد ، وقالا : يضمنون ، وإن رجع واحد فعليه ربع الأرش ، وإن مات فربع الدية لأنه من الجلد وقد حصل بسبب الشهادة ، فكان الشاهد هو الموجب كما فى الرجم . ولأبى حنيفة أن أثر الضرب والموت ليس موجب الشهادة ، لأن الجلد قد يؤثر ولا يؤثر ، وقد يموت منه ولا يموت ، ولو كان موجب الشهادة لما انفكّ عنها كما فى الرجم ، وإذا لم يكن موجب الشهادة لايلزم الشاهد ضمانه ، ولأنه لو وجب إما أن يجب على الشاهد ولا وجه له لما بينا . أو على الجلاد ولا وجه له أيضا لأنه مأذون فى فعله لاعلى وجه البدل ، ولم يتعمد تجاوز ما أمر به كمعين القصار ، ولأنا لو أوجبناه عليه لامتنع الناس من ذلك وفيه ضرر جلىّ ، أو على بيت المال ، ولا وجه له ، لأن الحكم غير موجب له لأنه ينفكّ عنه غالبا فلا يجب كما قلنا فى الشاهد . قال (وإن شهدوا بزنا متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل) لما روى أن عمر رضى الله عنه خطب فقال : أيما شهود شهدوا بحدّ لم يشهدوا عند حضرته فانما هم شهود ضغن لاتقبل شهادتهم ، ولأنها شهادة تمكنت فيها تهمة فتبطل . بيانه أن الشهود إذا عاينوا الفاحشة فهم بالخيار إن شاءوا شهدوا به حسبة لإقامة الحدّ ، وإن شاءوا ستروا على المسلم حسبة أيضاً ، فان اختاروا الأداء حرم عليهم التأخير ، لأن تأخير الحدّ حرام ، فيحمل تأخيرهم على الستر حسبة حملا لهم على الأحسن ، فاذا أخروا

وَيَثْبُتُ بالإقْرَارِ ، وَهُوَ أنْ يُقِرَّ العاقِلُ البالِغُ أرْبَعَ مرَّاتٍ فى أرْبَعِ مجالِسَ يَرُدُّهُ القاضِى فى كُلِّ مرَّةٍ حتّى لايَرَاهُ ، ثُمَّ يَسألُهُ كمَا يَسألُ الشُّهُودَ إلاّ عَنِ الزَّمانِ ، فاذَا بَيَّنَ ذلكَ لَزِمَهُ الحَدُّ .

ثم شهدوا اتهموا أنهم إنما شهدوا لضغينة حملتهم على ذلك كما قال عمر رضى الله عنه ، وإن كان تأخيرهم لاحسبة الستر ثبت فسقهم وردّت شهادتهم ، بخلاف الإقرار لأن الإنسان لايعادى نفسه فلا يتهم ؛ ثم التقادم فى الحدود الخالصة لله تعالى يمنع قبول الشهادة إلا إذا كان التأخير لعذر كبعد المسافة أو مرض ونحو ذلك ؛ فحدّ الزنا والشرب والسرقة خالص حقّ الله تعالى حتى يصحّ رجوع المقرّ عنها فيكون التقادم فيها مانعا ؛ وحدّ القذف فيه حقّ العبد لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا توقف على دعواه ولايصحّ الرجوع عنه ، فالتقادم فيه لايمنع قبول الشهادة لأن الدعوى فيه شرط ، فاحتمل أن تأخيرهم لتأخير الدعوى فلا يتهمون فى ذلك ؛ ولا يلزم حدّ السرقة لأن الدعوى شرط للمال لاللحدّ ، لأن الحدّ خالص حقّ الله ، ولأن السرقة تكون فى السرّ والخفية من المالك فيجب على الشاهد إعلامه ، فبالتأخير يفسق أيضا . وأما حدّ التقادم فأبوحنيفة لم يقدّر فى ذلك وفوّضه إلى رأى الإمام كما هو دأبه . وروى المعلى عن أبى يوسف قال : جهدنا بأبى حنيفة أن يوقت فى التقادم شيئا فأبى ، لأن التقادم يختلف باختلاف الأحوال والأعذار وردّه إلى اجتهاد الحاكم . وروى الحسن ومحمد عن أبى حنيفة أنهم إذا شهدوا بعد سنة لم تقبل شهادتهم ، وهذا لاينافى الأوّل لأنه جعل السنة تقادما ولم يمنع ما دونها . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا شهدوا بعد مضىّ شهر فهو تقادم لأنه فى حكم البعيد وما دونه فى حكم القريب ، فوجب أن يقدّر التقادم به إذا لم يكن عذرا . وعن الطحاوى ستة أشهر (ويثبت بالإقرار ، وهو أن يقرّ العاقل البالغ أربع مرّات فى أربع مجالس يردّه القاضى فى كلّ مرّة حتى لايراه ثم يسأله كما يسأل الشهود إلا عن الزمان، فاذا بين ذلك لزمه الحدّ) أما اشتراط العقل والبلوغ فلأنهما شرط للتكاليف ، وأما اشتراط الأربع فلما روى « أن ماعز بن مالك أقرّ عند النبىّ عليه الصلاة والسلام فأعرض عنه ، فعاد فأقرّ فأعرض عنه ، فعاد الثالثة فأقرّ فأعرض عنه ، فعاد الرابعة فأقرّ ، فقال عليه الصلاة والسلام : الآن أقررت أربعا فبمن ؟ » وفى رواية « فأعرض عنه حتى خرج من المسجد ثم عاد » والتمسك به من وجوه : أحدها أن الحدّ لو وجب بالمرّة الواحدة لم يؤخره إلى الرابعة لأنه لايجوز تأخير الحدّ إذا وجب ، قال عليه الصلاة والسلام « ما ينبغى لوالى حدّ أتى فى حدّ من حدود الله تعالى إلا إقامته » . الثانى أن قوله عليه الصلاة والسلام « الآن أقررت أربعا » دليل على أنّ الموجب هو الإقرار أربعا ، هذا هو المفهوم من فحوى هذا الكلام . الثالث ما روى أن أبا بكر رضى الله عنه لما أقرّ الثالثة قال له

وَإِذَا رَجَعَ عَنْ إِقْرَارِهِ قَبْلَ الحَدِّ أَوْ فِى وَسَطِهِ خُلِّىَ سَبِيلُهُ . وَيُسْتَحَبُّ لِلإِمامِ أَنْ يُلَقِّنَهُ الرُّجُوعَ كَقَوْلِهِ لَهُ : لَعَلَّكَ وَطِئْتَ بِشُبْهَةٍ ، أَوْ قَبَّلْتَ ، أَوْ لَمَسْتَ .

إن أقررت الرابعة رجمك رسول الله ، وهذا دليل على أنهم علموا أن الرابعة شرط لوجوب الرجم ، ومثل هذا لايعلم إلا توقيفا . وكذلك روى عن أبى بريدة أنه قال « كنا نتحدّث بين يدى رسول الله عليه الصلاة والسلام أن ماعزا لو قعد فى بيته بعد المرّة الثالثة ولم يقرّ لم يرجمه صلى الله عليه وسلم » وهذا دليل على أنهم عرفوه شريعة قبل رجم ماعز ؛ ولأن الزنا اختصّ بزيادة تأكيد لم يجب فى غيره من الحدود إعظاما لأمره وتحقيقا لمعنى الستر كزيادة عدد الشهود والسؤال عن حال المقرّ ، فيناسب أن يختصّ بزيادة العدد فى الأقارير أيضا واشتراط اختلاف المجالس لما روينا ، ولأن اتحاد المجلس يؤثر فى جميع المتفرّقات فتثبت شبهة الاتحاد فى الإقرار ، والمعتبر اختلاف مجلس المقرّ لأن الإقرار قائم به دون القاضى ، فاذا أقر أربعا على ماوصفنا يسأل القاضى عن حاله ، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لماعز « أبك داء ؟ أبك خبل ؟ أبك ؟ جنون ؟ فقال لا ، وبعث إلى قومه فسألهم هل تنكرون من حاله شيئا ؟ قالوا لا ، فأمر به فرجم » فاذا عرف صحة عقله سأله عن الزنا لما تقدّم فى الشهود ، ولاحتمال أنه وطئها فيما دون الفرج واعتقده زنا ، ولأنه صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك لمست ، لعلك قبلت ، لعلك باشرت ، فلما ذكر ماعز النون والكاف قبل إقراره » ويسأله عن المزنى بها لأنه صلى الله عليه وسلم قال لماعز : فبمن ؟ ولجواز أنه وطئ من لايجب الحدّ بوطئها كجارية الابن والجارية المشتركة ونحوهما وهو لايعلم ذلك ، ويسأله عن المكان لما بينا ولا يسأله عن الزمان ، لأن التقادم لايمنع قبول الإقرار لما بينا ، وقيل يسأله لجواز أنه زنى حالة الصغر ، فإذا بين ذلك لزمه الحدّ لتمام الحجة ولما روينا . قال (وإذا رجع عن إقراره قبل الحدّ أو فى وسطه خلى سبيله) لأن رجوعه إخبار يحتمل الصدق كالإقرار ولا مكذب له . فتحققت الشبهة لتعارض الإقرار بالرجوع ، بخلاف القصاص وحدّ القذف لأنه حق العبد فإنه يكذبه فلا معارض للإقرار الأوّل . وروى « أن ماعزا لما مسه حر الحجارة هرب ، فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم ، فقال : هلا خليتم سبيله » فجعل الهرب الدال على الرجوع مسقطا للحد فلأن يسقط بصريح الرجوع أولى (ويستحب للإمام أن يلقنه الرجوع كقوله له : لعلك وطئت بشبهة ، أو قبلت ، أو لمست) لما روينا واحتيالا للدرء . وروى « أنه صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقال له : ما إخالك (١) سرقت » وفيه دليل على جواز التلقين

---

(١) قوله ما إخالك ، فى نسخة ما إخاله سرق .

وَحَدُّ الزَّانِي إنْ كانَ مُحْصَنًا الرَّجْمُ بالحجارةِ حتّى يَمُوتَ ، يُخْرَجُ إلى أرْضٍ فضاء ، فانْ كانَ ثَبَتَ بالبَيِّنَةِ يَبْتَدِئُ الشُّهُودُ ثُمَّ الإمامُ ثُمَّ النَّاسُ ، فإذَا امْتَنَعَ الشُّهُودُ أوْ بَعْضُهُمْ لا يُرْجَمُ ،

وعلى سقوط الحدّ بالرجوع وإلا لما أفاد التلقين . وإذا أقر الخصى بالزنا يحدّ لأنه قادر على الإيلاج لسلامة آلته ، ولو أقر المجبوب لايحد لكذبه قطعا ، وكذلك الشهادة عليهما ، ولا يحدّ الأخرس بالإقرار إشارة للشبهة ، وإذا أقر أنه زنى بامرأة غائبة أقيم عليه الحدّ استحسانا ، والقياس أن لايحدا حتى تحضر لجواز أنها تدعى شبهة لسقوط الحدّ. وجه الاستحسان أن ما عزا أقرّ بالزنا بامرأة غائبة فرجمه صلى الله عليه وسلم قبل إحضارها . المقضى برجمه إذا قتله إنسان أو فقأ عينه لاشيء عليه ، ولو قتله قبل القضاء يجب القصاص فى العمد والدية فى الخطأ لأنه إنما يصير مباح الدم بالقضاء .

فصل

(وحدّ الزانى إن كان محصنا الرجم بالحجارة حتى يموت) لحديث ماعز أنه صلى الله عليه وسلم رجمه وكان محصنا . وقال صلى الله عليه وسلم « لا يحلّ دم امرئ مسلم إلا بثلاث » وذكر منها « أو زنا بعد إحصان » والنبى صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية . وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : مما أنزل الله آية الرجم ـ الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما ألبتة ـ وهذا مما قالوا إنه قرآن نسخ لفظه وبقى معناه ، وعلى ذلك إجماع العلماء . قال (يخرج إلى أرض فضاء) كما فعل النبىّ صلى الله عليه وسلم بماعز أمر برجمه ولم يحفر له قال (فان كان ثبت بالبينة يبتدئ الشهود ثم الإمام ثم الناس) لما روى عن علىّ رضى الله عنه أنه بدأ برجم الهمدانية لما أقرّت عنده بالزنا وقال : الرجم رجمان : رجم سرّ ، ورجم علانية ، فالعلانية أن يشهد على المرأة ما فى بطنها ، والسرّ أن يشهد الشهود فترجم الشهود ثم الإمام ثم الناس ، ولأن البداءة بالشهود ضرب احتيال للدرء ؛ لأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء وتتعاظم المباشرة حرمة للنفس فيرجع عن الشهادة . قال (فاذا امتنع الشهود أو بعضهم لا يرجم) لأنه دليل رجوعهم ، وكذا إذا غابوا فى ظاهر الرواية لفوات الشرط ، وكذا إذا ماتوا أو مات بعضهم ، وكذا إذا جنوا أو فسقوا أو قذفوا فحدّوا أو حدّ أحدهم أو عمى أو خرس أو ارتدّ ، لأن الطارئ على الحدّ قبل الاستيفاء كالموجود فى الابتداء كما فى رجوع المقرّ فصار كأنهم شهدوا وهم بهذه الصفة فلا يحدّ . وعن أبى يوسف : إذا غاب الشهود رجم ولم ينتظروا ، وكذا إذا امتنعوا أو امتنع بعضهم لأنه حدّ فلا يشترط فيه مباشرة الشهود كالجلد . قلنا الجلد لا يحسنه كل أحد فربما وقع

وَإِنْ ثَبَتَ بِالإِقْرَارِ ابْتَدَأَ الإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا فَحَدُّهُ الجَلْدُ مِائَةٌ لِلْحُرِّ وَخَمْسُونَ لِلْعَبْدِ ، وَيُضْرَبُ بِسَوْطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ ضَرْبًا مُتَوَسِّطًا يُفَرِّقُهُ عَلَى أَعْضَائِهِ إِلَّا رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَفَرْجَهُ ،

مهلكا ، ولا كذلك الرجم لأنه إتلاف . وعن محمد : إذا كانوا مرضى أو مقطوعى الأيدى يبتدئ الإمام ثم الناس لأن الامتناع إذا كان بعذر ظاهر زالت التهمة ، ولا كذلك لو ماتوا لاحتمال الرجوع أو الامتناع فكان ذلك شبهة ؛ ولا بأس لكلّ من رمى أن يتعمد مقتله لأنه واجب القتل إلا أنّ يكون ذا رحم منه ، فالأولى أن لايتعمد مقتله ويولى ذلك غيره لأنه نوع من قطيعة الرحم من غير حاجة . قال (وإن ثبت بالإقرار ابتدأ الإمام ثم الناس) لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم حفر للغامدية حفرة إلى صدرها وأخذ حصاة مثل الحمصة فرماها بها وقال : ارموا واتقوا الوجه ، فلما طعنت أخرجها وصلى عليها وقال : لقد تابت توبت لو قسمت على أهل الحجاز لوسعتهم » ولحديث علىّ رضى الله عنه ، ولا ينبغى أن يربط المرجوم ولا يمسك ولا يحفر للرجل لكنه يقام قائما ثم يرجم لأنه صلى الله عليه وسلم لم يفعل شيئا من ذلك بماعز ، وما نقل أنه هرب دليل عليه ، ويغسل ويكفن ويصلى عليه لما مرّ من حديث الغامدية . وقال صلى الله عليه وسلم فى ماعز « اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم ، فقد تاب توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ، ولقد رأيته ينغمس فى أنهار الجنة » ولأنه مقتول بحقّ فصار كالمقتول قصاصا . قال (وإن لم يكن محصنا فحدّه الجلد مائة للحرّ وخمسون للعبد) قال تعالى ـ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ـ وقال تعالى فى حقّ الإماء ـ فإن أتين بفاحشة فعليهنّ نصف ما على المحصنات من العذاب ـ . قال (يضرب بسوط لاثمرة له (١) ضربا متوسطا يفرقه على أعضائه إلا رأسه ووجهه وفرجه) لأن عليا رضى الله عنه كسر ثمرة السوط لما أراد إقامة الحدّ به والمتوسط من الضرب بين المتلف وغير المؤلم ليحصل المقصود ، وهو الانزجار بدون الهلاك . وأما التفريق على الأعضاء لأنه إذا جمع الضرب فى مكان واحد ربما أدّى إلى التلف ، والحدّ غير متلف ، وليدخل الألم على كلّ عضو كما وصلت اللذّة إليه ، إلا أنه يتقى الأعضاء التى لايؤمن فيها التلف ، أو تلف ما ليس بمستحق ، إذ التلف ليس بمستحق فالرأس والفرج مقتل ، والوجه مكان البصر والشمّ . وعن عمر رضى الله عنه أنه قال للجلاد : اتق الرأس والوجه . وعن أبى يوسف أنه يضرب الرأس ، فقد روى عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قال : اضربوا الرأس فإن الشيطان فيه ، ولأنه لايخشى التلف بسوط وسوطين ، وجوابه ما مرّ ، وأثر الصدّيق ورد فى حربىّ كان راعيا وهو مستحقّ القتل .

---

(١) قوله لاثمرة له ، قال فى مختار الصحاح : وثمر السياط : عقد أطرافها اه مصححه .

وَيُجَرَّدُ عَنْ ثِيَابِهِ إِلاَّ الإِزَارَ ، وَلاَ تُجَرَّدُ المَرْأَةُ إِلاَّ عَنِ الفَرْوِ وَالحَشْوِ ، وَإِنْ حُفِرَ لَهَا فِى الرَّجْمِ جازَ ، وَيُضْرَبُ الرَّجُلُ قائماً فى جَمِيعِ الحُدُودِ ، وَلاَ يُجْمَعُ عَلَى المُحْصَنِ الجَلْدُ وَالرَّجْمُ ، وَلاَ يُجْمَعُ عَلَى غَيْرِ المُحْصَنِ الجَلْدُ وَالنَّفْىُ إِلاَّ أَنْ يَرَاهُ الإمامُ مَصْلَحَةً فَيَفْعَلُهُ بِمَا يَرَاهُ ،

قال (ويجرّد عن ثيابه إلا الإزار) هكذا نقل عن علىّ رضى الله عنه ، ولأنه أبلغ فى إيصال الألم إليه ، وحدّ الزنا مبناه على شدّة الضرب فيقع أبلغ فى الزجر ، ونزع الإزار يؤدّى إلى كشف العورة فلا ينزع . قال (ولا تجرّد المرأة إلا عن الفرو والحشو) لأن مبنى حالهنّ على الستر ، وفى نزع ثيابها كشف عورتها ، والستر يحصل بدون الحشو والفرو ، وفيهما منع من وصول الألم فينزعان وتضرب جالسة لأنه أستر لها . وعن علىّ رضى الله عنه : يضرب الرجال فى الحدود قياما والنساء قعودا (وإن حفر لها فى الرجم جاز) لما روينا من حديث الغامدية ، وعلىّ رضى الله عنه حفر للهمدانية ، وإن تركه لايضرّ لأنه غير مأمور به (ويضرب الرجل قائما فى جميع الحدود) لحديث علىّ رضى الله عنه ، ولا يمدّ ولا يشدّ لأنه زيادة عقوبة غير مستحقة عليه . قال (ولا يجمع على المحصن الجلد والرجم) لأنه صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ولم يجلده ، ولأنه لافائدة فى الجلد ، لأن المراد من الحدّ الزجر وهو لاينزجر بعد هلاكه ، وزجر غيره يحصل بالرجم إذ القتل أبلغ العقوبات ، وهو مذهب عامة العلماء . قال (ولا يجمع على غير المحصن الجلد والنفى) لقوله تعالى ـ الزانية والزانى فاجلدوا ـ الآية ، وأنه بيان لجميع الحكم لأنه كلّ المذكور ، أو لأنه ذكره بحرف الفاء وهو الجزاء ، فلا يزاد عليه إلا بدليل يساويه أو يترجح عليه ، إذ الزيادة على النصّ نسخ ، ولأن النفى يفتح عليها باب الزنا لقلة استحيائها من عشيرتها وفيه قطع المادّة عنها فربما اتخذت ذلك مكسبا وفيه من الفساد مالايخفى ، وإليه الإشارة بقول علىّ رضى الله عنه : كفى بالتغريب فتنة . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » قلنا الآية متأخرة عنه فنسخته . بيانه أن الجلد فى الأصل كان الإيذاء لقوله تعالى ـ فآذوهما ـ ثم نسخ بالحبس بقوله تعالى ـ فأمسكوهنّ فى البيوت ـ إلى قوله ـ أو يجعل الله لهنّ سبيلا ـ ثم قال صلى الله عليه وسلم « خذوا عنى قد جعل الله لهنّ سبيلا » الحديث (١) فكان بيانا للسبيل الموعود فى الآية ، وذلك قبل نزول آية الجلد ، فكانت ناسخة للكلّ ، أو نقول : هو حديث آحاد فلا يزاد به على الكتاب لما بينا . قال (إلا أن يراه الإمام مصلحة فيفعله بما يراه) فيكون سياسة وتعزيرا لاحدّا ، وهو تأويل ما روى من التغريب

(١) قوله الحديث ، هو قوله صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » اهـ مصححه

وَلا يُقِيمُ المَوْلَى الحَدَّ عَلى عَبْدِهِ إلاَّ بإذْنِ الإمامِ ، وَإذَا كانَ الزَّانِي مَرِيضًا ، فانْ كانَ مُحْصَنا رُجِمَ ، وَإلاَّ لا يُجْلَدُ حَتَّى يَبْرأَ ، وَالمَرأةُ الحامِلُ لا تُحَدُّ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَها ، فانْ كانَ حَدُّها الجَلْدُ فَحَتَّى تَتَعالى مِنْ نِفاسِها ، وَإنْ كانَ الرَّجْمُ فَعَقِيبَ الوِلادَةِ ، وَإنْ لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ مَنْ يُرَبِّيهِ فَحَتَّى يَسْتَغْنِيَ عَنْهَا .

عن النبيّ صلى الله عليه وسلم وعن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما ، فانه روى عن عمر أنه نفى رجلا فلحق بالروم فقال : لاأنفى بعدها أحدا ؛ ولو كان النفى حدّا لم يجز تركه ، قال تعالى ـ ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ـ فدلّ أنه كان سياسة وتعزيزا ، ولأنه لوكان حدا لاشتهر بين الصحابة كسائر الحدود ، ولو اشتهر لما اختلفوا فيه ؛ وقد اختلفوا لما تقدّم من قول علىّ ورجوع عمر فدلّ على أنه ليس بحدّ ، ولا يقام الحدّ فى مسجد . وروى ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتقام الحدود فى المساجد » وروى حكيم بن حزام قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستقاد فى المساجد أو ينشد فيها الشعر أو يقام فيها الحدود » ولأنه عساه ينفصل منه ما ينجس المسجد ، وللإمام أن يخرجه إلى باب المسجد ويأمر من يجلده وهو يشاهده ، ويجوز له أن يبعث بأمين ويأمره بإقامة الحدّ . قال صلى الله عليه وسلم فى حديث العسيف « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » . قال (ولا يقيم المولى الحدّ على عبده إلا بإذن الإمام) لأن الحدّ حقّ الله تعالى فلا يستوفيه إلا نائبه ، وهو الإمام أو نائبه ؛ بخلاف التعزير لأنه حقّ العبد حتى جاز تعزير الصبىّ ، وحقوق الشرع موضوعة عنه ، ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « أربع إلى الولاة » وعدّ منها إقامة الحدود ، ولأن المولى متهم فى إقامة الحدّ على عبده لأنه يخاف نقصان ماليته فلا يضرب الضرب المشروع فلا تحصل مصلحة الزجر فلا يكون له ذلك . قال (وإذا كان الزانى مريضا فإن كان محصنا رجم) لأن الإتلاف مستحقّ عليه فلا معنى للتأخير . قال (وإلا لايجلد حتى يبرأ) لأنه ربما أفضى إلى الهلاك وليس مشروعا ، ولهذا أمر صلى الله عليه وسلم بحسم يد السارق ، ولهذا لايقطع فى البرد الشديد والحرّ الشديد . قال (والمرأة الحامل لاتحدّ حتى تضع حملها) لأنه يخاف من الحدّ هلاك ولدها البرىء عن الجناية . وروى أن عمر رضى الله عنه همّ برجم حامل ، فقال له علىّ رضى الله عنه : إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما فى بطنها فخلى عنها ، فاذا ولدت (فان كان حدّها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها) لأنها مريضة ضعيفة (وإن كان الرجم فعقيب الولادة) لأن التأخير كان بسبب الولد وقد انفصل عنها (وإن لم يكن للصغير من يربيه فحتى يستغنى عنها)

وَإحْصَانُ الرَّجْمِ : الحُرِّيَّةُ وَالعَقْلُ وَالبُلُوغُ وَالإسْلامُ وَالدُّخُولُ ، وَهُوَ الإيلاجُ فى القُبُلِ فى نِكاحٍ صَحِيحٍ وَهُمَا بِصِفَةِ الإحْصَانِ .

لأن فى ذلك صيانة الولد عن الهلاك . وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال للغامدية لما أقرت بالزنا وهى حامل « اذهبى حتى تضعى ، فلما وضعت جاءت ، فقال لها : ارجعى حتى يستغنى ولدك ، فجاءت وفى يده خبز فقالت : يا رسول الله هذا ولدى قد استغنى ، فأمر بها فرجمت » ويحبس المريض حتى يبرأ والحامل حتى تضع إن ثبت بالبينة مخافة أن تهرب ، وإن ثبت بالإقرار لايحبس لأن الرجوع عنه صحيح فلا فائدة فى الحبس ، والنبىّ صلى الله عليه وسلم لم يحبس الغامدية ؛ ولو قالت الزانية : أنا حبلى يريها النساء ، فان قلن هى حبلى حبسها سنتين ثم رجمها ، وهذا التقادم لايمنع الإقامة لأنه بعذر ؛ ولو كان من عليه الحدّ ضعيف الخلقة يخاف عليه الهلاك لو ضرب شديدا يضرب مقدار ما يتحمله من الضرب . قال (وإحصان الرجم : الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والدخول ، وهو الإيلاج فى القبل فى نكاح صحيح وهما بصفة الإحصان) أما الحرية فلقوله تعالى - فعليهنّ نصف ما على المحصنات من العذاب - أوجب عليهن عقوبة تتنصف والرجم لايتنصف فلا يجب على الإماء ، وأما العقل والبلوغ فلأنه لاخطاب بدونهما ، وأما الإسلام فلقوله صلى الله عليه وسلم « من أشرك بالله فليس بمحصن » وما روى أنه صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين فانما رجمهما بحكم التوراة والقصة مشهورة . وأما النكاح الصحيح والدخول فلقوله صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة » والبكر اسم لمن لم يتزوّج ولأن به يتوصل إلى الوطء الحلال ، وإنما يشترط الدخول لقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » والثيب هو الواطئ فى النكاح الحلال فى القبل ، ولأن هذه نعم متوافرة متكاملة صادّة له عن الفاحشة فكانت جنايته عند وجودها متغلظة ، فان الجناية والمعصية عند تكامل نعم المنعم أقبح وأفحش فيناسب تغليظ العقوبة فى حقه . وأما كونهما على صفة الإحصان فلأن كل وطء لايوجب إحصان أحد الواطئين لايوجب إحصان الآخر كالمملوكين والمجنونين . وصورته : لو تزوّج بأمة أوصبية أو مجنونة أوكافرة ودخل بها لم يصر محصنا ، وكذا لو كانت حرّة عاقلة بالغة وهو عبد أو صبىّ أو مجنون لاتصير محصنة إلا إذا دخل بها بعد الإسلام والعتق والبلوغ والإفاقة ، فحينئذ يصير محصنا بهذه الإصابة لابما قبلها ، لأن نعم الزوجية لاتتكامل مع هؤلاء ، لأن هذه المعانى تنفر الطباع إما لعداوة الدين أو للذلّ الرقّ أو لعدم العقل أو لنقصانه وعدم ميل الصبية إليه فلا تتغلظ جنايته . وعن أبى يوسف أنه لايشترط الدخول على صفة الإحصان ، وعنه أن الوطء إذا حصل قبل العتق ثم أعتقا صارا محصنين بالوطء الأوّل . والجواب عن الأوّل أن كلّ وطء لايوجب إحصان أحدهما

وَيَثْبُتُ الإحْصَانُ بالإقْرَارِ ، أَوْ بِشَهادَةِ رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرأتَيْنِ ، وكَذَلِكَ إنْ كانَ بَيْنَهُما وَلَدٌ مَعْرُوفٌ .

فصـــل

وَمَنْ وَطِئَ جارِيَةَ وَلَدِهِ وَإنْ سَفَلَ وَقالَ : عَلِمْتُ أنها عَلَيَّ حَرَامٌ ، أَوْ وَطِئَ جارِيَةَ أبِيهِ وَإنْ عَلا أوْ أمِّهِ أوْ زَوْجَتِهِ أوْ سَيِّدِهِ أوْ مُعْتَدَّتَهُ عَنْ ثَلاثٍ وَقالَ : ظَنَنْتُ أنها حَلالٌ لَمْ يُحَدَّ ، وَلَوْ قالَ : عَلِمْتُ أنها حَرَامٌ حُدَّ ؛ وفِي جارِيَةِ الأخِ وَالعَمِّ يُحَدُّ بِكُلِّ حالٍ ،

لايوجب إحصان الآخر كما بينا . وعن الأخرى أن كلّ وطء لايوجب الإحصان عند وجوده لايوجبه فى الثانى من الزمان كوطء المولى . وعن أبى يوسف إذا دخل بامرأته ثم جنّ أو صار معتوها ثم أفاق لايكون محصنا حتى يدخل بها بعد الإفاقة ، لأن الإحصان الأوّل بطل فلا يثبت إحصان مستأنف إلا بدخول مستأنف . قال (ويثبت الإحصان بالإقرار) لأنه غير متهم فى حقّ نفسه (أو بشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين) لأن الإحصان ليس علة لوجوب الرجم لأنه عبارة عن خصال حميدة وأوصاف جميلة وذلك لاأثر له فى العقوبة فلا يشترط لثبوته ما يشترط لوجوب الرجم ، وإنما الإحصان شرط محض (وكذلك إن كان بينهما ولد معروف) لأنه دليل ظاهر على الدخول فى النكاح الصحيح وذلك يثبت به الإحصان ؛ ويكفى فى الإحصان أن يقول الشهود دخل بها . وقال محمد : لابدّ أن يقولوا باضعها أو جامعها ، لأن الدخول مشترك فلا يثبت الإحصان بالشكّ . ولهما أن الدخول متى أضيف إلى المرأة بحرف الباء لايراد به إلا الجماع . قال تعالى ـ فإن لم تكونوا دخلتم بهن ـ والمراد الجماع ، ولو دخل بامرأة ثم طلقها وقال وطئتها وأنكرت صار محصنا ولا تكون محصنة لجحودها ، وكذا لو قالت بعد الطلاق : كنت نصرانية ، وقال : كانت حرّة مسلمة ، وإذا كان أحدهما محصنا دون الآخر خص كلّ واحد بحده ، لأن جناية أحدهما أخفّ والآخر أغلظ ، فاذا اختلفا فى الجناية اختلفا فى موجبها ضرورة .

فصـــل

(ومن وطئ جارية ولده وإن سفل وقال : علمت أنها علىّ حرام ، أو وطئ جارية أبيه وإن علا أو أمه أو زوجته أو سيده أو معتدته عن ثلاث وقال : ظننت أنها حلال لم يحدّ ؛ ولو قال : علمت أنها حرام حدّ ؛ وفى جارية الأخ والعمّ يحدّ بكلّ حال) والأصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « ادرءوا الحدود بالشبهات » .

وَلَوْ اسْتأجَرَ امْرأةً لِيَزْنِيَ بِهَا وَزَنَى بِهَا ، أَوْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيما دُونَ الفَرْجِ ، أَوْ لاطَ فَلا حَدَّ عَلَيْهِ وَيُعَزَّرُ ،

ثم الشبهة أنواع : شبهة فى المحل ، وشبهة فى الفعل ، وهى شبهة الاشتباه ، وشبهة فى العقد . أما الشبهة فى المحل فهو أن يطأ جارية ابنه أو عبده المأذون المديون أو مكاتبه ، أو وطئ البائع الجارية المبيعة بيعا فاسدا قبل القبض وبعده ، أو كان بشرط الخيار ، أو وطئ الجارية التى جعلها صداقا قبل التسليم ، أو وطئ المبانة بالكنايات فى عدتها ، أو وطئ الجارية المشتركة فانه لايجب الحد فى جميع هذه الصور . وإن قال : علمت أنها حرام لأن الشبهة فى الملك وهو المحل موجودة سواء علم بالتحريم أو لم يعلم . وأما شبهة الفعل ففيما إذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو جارية زوجته والمطلقة ثلاثا أو على مال فى العدة أو أم ولده بعد العتق فى العدة أو جارية مولاه ، والمرتهن يطأ جارية الرهن فى إحدى الروايتين ، وفى رواية يجب الحد ، فان قال ظننت أنها حلال لاحد عليه ، وإن قال : علمت أنها حرام حد لأنه ظن أن الفعل مباح له كما يباح له الانتفاع بماله ، أو له نوع حق فى المحل ببقاء العدة فظن أن ذلك يبيح وطأها فكان ظنه مستندا إلى دليل فكان شبهة فى درء الحد إذا ادعى الحل ، وبدون الدعوى انعدمت الشبهة ولا يثبت النسب وإن ادعاه لأنه زنا محض ، لأن سقوط الحد لاشتباه الأمر عليه لالشبهة فى نفس الأمر ، فان حضرا فقال أحدهما : ظننت أنه حلال لاحد على واحد منهما حتى يقرا جميعا بالحرمة ، لأن أحدهما إذا ادعى الشبهة خرج فعله عن أن يكون زنا فخرج فعل الآخر فسقط الحد عنهما ، ولو وطئ الجارية المستأجرة أو المستعارة أو جارية أخيه أو عمه أو ذى رحم محرم غير الولاد حد فى الوجهين جميعا لأنه لم يستند ظنه إلى شبهة صحيحة لأنه لايحل له الانتفاع بمال هؤلاء ، وملك المنفعة لايكون سببا لملك المتعة بحال . وأما شبهة العقد بأن وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو أمة بغير إذن مولاها أو تزوج العبد بغير إذن مولاه ، أو أمة على حرة لاحد عليه ، ولو تزوج مجوسية أو خمسة فى عقدة ، أو جمع بين أختين أو تزوج بمحارمه فوطئها فانه لايحد عند أبى حنيفة رحمه الله ، وإن قال علمت أنها على حرام . وعندهما يحد إذا كان عالما بالحرمة لأنه عقد لم يصادف محله ، لأن محله ما يثبت فيه حكمه . وحكمه الحل وهو غير ثابت بالإجماع فصار كإضافة العقد إلى الذكر . ولأبى حنيفة أنه عقد صادف محله ، لأن محله ما هو صالح لحصول المقصود ، والمقصود من النكاح التوالد والتناسل والأنثى من الآدميات قابلة لذلك ، وقضيته ثبوت الحل أيضا إلا أنه تقاعد عنه فأورث شبهة وأنها تكفى لسقوط الحد إلا أنه يجب عليه التعزير ويوجع عقوبة لأنه ارتكب جناية ليس فيها حد مقدر فيعزر . قال (**ولو استأجر امرأة ليزنى بها وزنى بها أو وطئ أجنبية فيما دون الفرج ، أو لاط فلاحد عليه ويعزر**

وَلَوْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ فَوَطِئَهَا لاَيُحَدُّ وَعَلَيْهِ المَهْرُ ، وَلَوْ وَجَدَ عَلَى فِرَاشِهِ امْرَأَةً فَوَطِئَهَا حُدَّ ، وَالزِّنَا فِى دَارِ الحَرْبِ وَالبَغْيِ لاَيُوجِبُ الحَدَّ ،

وقالا : يحدّ فى المسائل كلها . لهما فى الإجارة أن منافع البضع لاتملك بالإجارة فصار وجود الإجارة وعدمها سواء ، فصار كأنه وطئها من غير شرط . وله ما روى أن امرأة استسقت راعيا لبنا فأبى أن يسقيها حتى تمكنه من نفسها ففعلت ، ثم رفع الأمر إلى عمر رضى الله عنه ، فدرأ الحدّ عنهما وقال ذلك مهرها ، ولأن الإجارة تمليك المنافع ، ومنافع البضع منافع فأورث شبهة وصار كالمتعة . ولهما فى اللواطة أنها كالزنا لأنها قضاء الشهوة فى محلّ مشتهى على وجه الكمال وقد تمحض حراما فيجب الحد كالزنا ، والصحابة رضى الله عنهم أجمعوا على وجوب الحدّ فيها ، لكن اختلفوا فيه . قال أبو بكر : يحرق بالنار . وقال علىّ : عليه حدّ الزنا . وقال بعضهم : يحبسان فى أنتن موضع حتى يموتا . وقال بعضهم : يهدم عليهما جدار . وقال ابن عباس رضى الله عنهما : ينكس من مكان مرتفع . وله أنه لايسمى زنا لغة ولا شرعا ، لأن كلّ واحد منهما اختص باسم ، وأنه ينفى الاشتراك كاسم الحمار والفرس فلا يكون زنا فلا يلحق بالزنا فى الحدّ ، إذ الحدود لاتثبت قياسا ، ولأنه لايوجب المال بحال مّا فلا يتعلق به الحدّ كما إذا فعل فيما دون السبيلين ، ولأنه لو كان زنا لما اختلفت الصحابة رضى الله عنهم فى حدّه ، فان حدّ الزنا منصوص عليه فى محكم القرآن ومتواتر السنة ، وليس هو فى معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد ولا اشتباه الأنساب فلا يلحق به . وقوله صلى الله عليه وسلم « اقتلوا الفاعل والمفعول به » محمول على الاستحلال أو السياسة لوجوب القتل مطلقا من غير اشتراط الإحصان ، ويجب التعزير عند أبى حنيفة رحمه الله لما قلنا ، ويسجن زيادة فى العقوبة لغلظ الجناية . وأما وطء الأجنبية فيما دون الفرج ، فان كان فى الدبر فهو كاللواطة حكما واختلافا وتعليلا ، وإن كان فيما دون السبيلين فانه يعزّر بالإجماع . قال (ولو زفت إليه غير امرأته فوطئها لايحد وعليه المهر) بذلك حكم عمر رضى الله عنه ، ولأن الرجل لايعرف امرأته أوّل مرّة إلا باخبار النساء فقد اعتمد دليلا ، لأن الملك ثابت من حيث الظاهر باخبارهنّ ، ولا يحدّ قاذفه لأن الملك معدوم حقيقة . قال (ولو وجد على فراشه امرأة فوطئها حدّ) لأنه يمكنه معرفة زوجته بكلامها وصوتها وجسها وحركتها ومسها ، فاذا لم يتفحص عن ذلك لم يعذر بخلاف ما تقدّم ، وكذلك الأعمى إلا إذا دعاها فقالت أنا زوجتك لأنه اعتمد إخبارها وهو دليل ، ولو أجابته ولم تقل أنا فلانة حدّ ، لأنه يمكنه التفحص بالسؤال وغيره ، لأن الجواب قد يكون من غير من ناداها فيجب عليه التفحص عن حالها . قال (والزنا فى دار الحرب والبغى لايوجب الحدّ) إذ المقصود هو الانزجار وهو غير حاصل لانقطاع

وَوَاطِئُ البَهِيمَةِ يُعَزَّرُ ، وَلَوْ زَنَى بِصَبِيَّةٍ أَوْ مَجْنُونَةٍ حُدَّ ؛ وَلَوْ طاوَعَتِ العاقِلَةُ البالِغَةُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونا لا يُحَدُّ . وأَكْثَرُ التَّعْزِيرِ تِسْعَةٌ وَثَلاثُونَ سَوْطا ، وأَقَلُّهُ ثَلاثَةٌ ، وَالتَّعْزِيرُ أَشَدُّ الضَّرْبِ ، ثُمَّ حَدُّ الزِّنا ، ثُمَّ حَدُّ الشُّرْبِ ، ثُمَّ حَدُّ القَذْفِ .

الولاية ، لأنه إذا لم ينعقد موجبا لاينقلب موجبا ، حتى لو غزا الإمام أو من له ولاية الإقامة فإنه يقيم الحدّ عليهم لأنهم تحت ولايته . قال (وواطئ البهيمة يعزر) لأنه ليس بزنا ولا معناه فلا يجب الحدّ فيعزّر لمابينا . وذكر ابن سماعة عن أصحابنا رحمهم الله أن كل ما لايؤكل لحمه يحرق بالنار ، لما روى أبو يوسف باسناده إلى عمر رضى الله عنه أنه أتى برجل وقع على بهيمة فعزره وأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار ، وإن كان مما يؤكل تذبح وتؤكل ولا تحرق ، وقالا : يحرق أيضا هذا إذا كانت البهيمة للفاعل ، فان كانت لغيره يطالب صاحبها أن يدفعها إليه بقيمتها ثم يذبحها ، وهذا إنما يعرف سماعا لاقياسا . قال (ولو زنى بصبية أو مجنونة حدّ) خاصة (ولو طاوعت العاقلة البالغة صبيا أو مجنونا لايحدّ) والفرق أن الحدّ يجب على الرجل بفعل الزنا ، وعلى المرأة بالتمكين من الزنا ، والمأخوذ فى حدّ الزنا الحرمة المحضة . وذلك غير موجود فى فعل الصبىّ لعدم المخاطبة نحوه ، فلا يكون فعلها تمكينا من الزنا فلا يجب الحدّ ، وفعل العاقل البالغ تمحض حراما فوجب عليه الحدّ ، ولم يجب على الصبية والمجنونة لعدم التكليف . قال (وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا ، وأقله ثلاثة) وقيل ما يراه الإمام ، وقيل بقدر الجناية ؛ والأصل أن يعزّره بما ينزجر به فى أكبر رأيه لاختلاف طباع الناس فى ذلك ، وإن رأى الإمام أن يضمّ الحبس إلى التعزير فعل ، لأنه يصلح زاجرا حتى يكتفى به وقد ورد الشرع به . وقال أبو يوسف : أكثره خمسة وسبعون سوطا ؛ وفى رواية تسعة وسبعون ، والأصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « من بلغ حدّا فى غير حدّ فهو من المعتدين » فهما اعتبرا أدنى الحدّ ، وهو حدّ العبد فى الشرب والقذف وهو أربعون فنقصا منه سوطا ، وأبو يوسف اعتبر الأقلّ من حدّ الأحرار وهو ثمانون فنقص عنه خمسة فى رواية ، وهو مأثور عن علىّ رضى الله عنه ، وفى رواية سوطا ، وهو قول زفر ، وهو القياس ، لأنه نقصان حقيقة ، وتعزير العبد أكثره خمسة وثلاثون عند أبى يوسف فلا يبلغ فى تعزيره حدّ العبيد ، ولا فى تعزير الحرّ حدّ الأحرار . قال (والتعزير أشدّ الضرب) لأنه خفف من جهة العدد فيثقل من جهة الوصف كيلا يفوت المقصود وهو الانزجار ، ولهذا قلنا لايفرق على الأعضاء . قال (ثم حدّ الزنا) لأنه ثبت بدليل مقطوع به وهو الكتاب ، ولأنه أعظم جريمة حتى وجب فيه الرجم . قال (ثم حدّ الشرب) لأن سببه متيقن به . قال (ثم حدّ القذف) لأن سببه

باب حد القذف

وَهُوَ ثَمَانُونَ سَوْطا لِلْحُرِّ وأرْبَعُونَ لِلْعَبْدِ ، وَيَجِبُ بِقَذْفِ المُحْصَنِ بِصَرِيحِ الزّنا ، وتَجِبُ إقامَتُهُ بِطَلَبِ المَقْذُوفِ ، وَيُفَرَّقُ عَلَيْهِ وَلا يُنْزَعُ عَنْهُ إلاّ الفَرْوُ وَالحَشْوُ ، وَيَثْبُتُ بِإقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً ، وَبِشَهادَةِ رَجُلَيْنِ ، وَلا يَبْطُلُ بالتّقادُمِ وَالرُّجُوعِ . وإحْصَانُ القَذْفِ : العَقْلُ وَالبُلُوغُ والحُرِّيَّةُ وَالإسْلامُ وَالعِفّةُ عَنِ الزّنا ؛

محتمل ، لأنه يحتمل صدق القاذف ، والله أعلم .

باب حد القذف

القذف فى اللغة : الرمى مطلقا ، ومنه القذافة والقذيفة : للمقلاع الذى يرمى به ، وقولهم بين قاذف وحاذف : أى رام بالحصى وحاذف بالعصى ، والتقاذف : الترامى ، ومنه الحديث « كان عند عائشة رضى الله عنها قينتان تغنيان بما تقاذف فيه الأنصار من الأشعار يوم بغاث » أى تشاتمت ، وفيه معنى الرمى ، لأن الشتم رمي بما يعيبه ويشينه ، وهو فى الشرع : رمى مخصوص ، وهو الرمى بالزنا ، ومنه الحديث : إن هلال بن أمية قذف زوجته : أى رماها بالزنى وقد تكرر فى الحديث وفيه الحدّ (وهو ثمانون سوطا للحرّ ، وأربعون للعبد ، ويجب بقذف المحصن بصريح الزنا) لقوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ـ . والمراد بالرمى القذف بالزنا إجماعا ، ويتنصف فى العبد لما مر (وتجب إقامته بطلب المقذوف) لما فيه من حقه وهو دفع العار عنه ؛ وصريح الزنا قوله : يا زانى أو زنيت ، أو يا ابن الزانية ؛ ولو قال : يا ابن الزنى فهو قذف معناه : أنت متولد من الزنا ، ويجب الحدّ بأىّ لسان قذفه ، ويجب عند عجز القاذف عن إقامة أربعة شهود على صدق مقالته فيضرب ثمانين وتردّ شهادته أبدا لما تلونا من صريح النص . قال (ويفرّق عليه) لما مرّ فى الزنا (ولا ينزع عنه إلا الفرو والحشو) لأن سببه غير مقطوع به ، وإنما ينزع عنه الفرو والحشو لأنه يمنع إيصال الألم إليه . قال (ويثبت باقراره مرّة واحدة وبشهادة رجلين) كما فى سائر الحقوق على مامرّ فى الشهادات (ولا يبطل بالتقادم والرجوع) لتعلق حقّ العبد به لما مرّ فى حد الزنا . قال (وإحصان القذف : العقل والبلوغ والحرية والإسلام والعفة عن الزنا) أما الحرية والإسلام فلما مرّ فى حدّ الزنا ، وأما العقل والبلوغ فلأن الصبىّ والمجنون لايلحقهما العار لعدم تحقق فعل الزنا منهما ، وأما العفة فلأن غير العفيف لايلحقه العار ، ولأن حدّ القذف يجب جزاء

وَمَنْ قالَ لِغَيْرِهِ : يا ابْنَ الزَّانيةِ ، أوْ لَسْتَ لِأبيكَ حُدَّ ، وَلا يُطالِبُ بِقَذْفِ الميِّتِ إلاّ مَنْ يَقَعُ القَدْحُ بِقَذْفِهِ فى نَسَبِهِ ؛ وَلَيْسَ لِلابْنِ وَالعَبْدِ أنْ يُطالِبَ أباهُ أوْ سَيِّدَهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الحُرَّةِ . وَمَنْ وَطِئَ وَطْئا حَرَاما فى غَيْرِ مِلْكِهِ وَالمُلاعِنَةَ بِوَلَدٍ لايُحَدُّ قاذِفُهُما ، وَإنْ لاعَنَتْ بِغَيْرِ وَلَدٍ حُدَّ ،

على الكذب والقاذف لغير العفيف صادق . قال (ومن قال لغيره : يا ابن الزانية ، أو لست لأبيك حدّ) لأنه صريح فى القذف ، لأن قوله لست لأبيك كقوله يا ابن الزانية ، ولو نفاه عن جدّه أو نسبه إليه أو إلى خاله أو عمه أو زوج أمه ، أو قال يا ابن ماء السماء لم يحدّ ، لأن نفيه عن جدّه صدق ونسبته إليه وإلى هؤلاء مجاز عادة وشرعا . قال الله تعالى – وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل – وإبراهيم جده وإسماعيل عمه ، وقوله يا ابن ماء السماء يراد به التشبيه فى السماحة والصفاء وطهارة الأصل ، حتى لو كان رجلا اسمه ماء السماء وأراد نسبته إليه فهو قذف ؛ ومن قال لغيره : لست بابن فلان ، إن كان فى حالة الغضب حدّ لأنه يراد به السبّ ، وإن لم يكن فى حالة الغضب لايحدّ ، لأنه يراد به المعاتبة عادة لنفى شبهه لأبيه فى الكرم والمروءة ؛ ولو قال لامرأة : زنيت بحمار أو بثور لايحدّ ؛ ولو قال : زنيت بدراهم وبثوب أو بناقة حدّ ، لأن معناه زنيت وأخذت هذا ، وفى الرجل لايحدّ فى جميع ذلك لأن الرجل لايأخذ المال على الزنا عرفا ، ولو قال لأجنبية : يا زانية ، فقالت : زنيت بك لايحدّ الرجل لتصديقها وتحدّ المرأة لقذفها الرجل . قال (ولا يطالب بقذف الميت إلا من يقع القدح بقذفه فى نسبه) لأن العار يلحقهم للجزئية ، ويحدّ بقذف أصوله دون فروعه فيثبت للولد وولد الولد وإن كان كافرا أو عبدا ، لأن الشرط إحصان الذى ينسب إلى الزنا حتى يقع تعييرا كاملا ثم يرجع هذا التعيير إلى ولده ، والرقّ والكفر لاينافى أهلية الاستحقاق ، بخلاف ما إذا وقع القذف ابتداء للكافر والعبد ، لأنه لم يوجد التعيير كاملا على ما بينا . وعن محمد ليس لولد البنت طلب الحدّ بقذف جدّه أبى أمه ، لأن نسبته إلى غيره ، وجوابه أن العار يلحقه كما يلحق ولد الابن فكانوا سواء . ومن قذف امرأة ميتة فصدّقه بعض الورثة يحدّ للباقين ، لأن قذف الأمّ تناول الكلّ فكان بمنزلة ما لو قذف الكلّ فصدّقه البعض دون البعض فانه يحدّ لمن لم يصدّقه . قال (وليس للابن والعبد أن يطالب أباه أو سيده بقذف أمه الحرّة) لأن الأب لايعاقب بسبب ابنه ولا السيد بسبب عبده حتى لايقتلان بهما . قال (ومن وطئ وطئا حراما فى غير ملكه والملاعنة بولد لايحدّ قاذفهما) لفوات العفة ، وكذا إذا قذف امرأة معها أولاد لايعرف لهم أب لأن ذلك أمارة الزنا (وإن لاعنت بغير ولد حدّ) لعدم أمارة الزنا .

اعلم أنه إن وطئ وطئا حراما فلا يخلو إما إن كان حراما لعينه أو لغيره ؛ أما إن كان

والمُسْتَأْمَنُ يُحَدُّ بالقَذْفِ ، وَإِذَا ماتَ المَقْذُوفُ بَطَلَ الحَدُّ ، وَلا يُورَثُ ، وَلا يَصِحُّ العَفْوُ عَنْهُ وَلا الاِعْتِياضُ .

حراما لعينه سقط إحصانه لأنه زنا ولا يحد قاذفه ، وإن كان حراما لغيره لايسقط إحصانه ويحد قاذفه لأنه ليس بزنا ، فالوطء فى غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذا الوطء فى ملكه والحرمة مؤبدة ، وإن كانت موقتة فالحرمة لغيره . وعند أبى حنيفة يشترط للحرمة المؤبدة الإجماع أو الحديث المشهور . بيان ذلك فى صور المسائل وهى : الوطء بالنكاح الفاسد والأمة المستحقة والإكراه على الزنا والمجنون والمطاوعة والمحرمة بالمصاهرة بالوطء ووطء الأب جارية ابنه ، فى هذه المسائل يسقط الإحصان ولا يحد قاذفه لأنه حرام لعينه وإن لم يأثم إما للجهل أو للإكراه ، بخلاف ثبوت المصاهرة بالتقبيل والمس لأن كثيرا من الفقهاء لايرون ذلك محرما ، ولا نص فى إثبات الحرمة ، بل هو نوع احتياط إقامة للسبب مقام المسبب فلا يسقط الإحصان الثابت بيقين بالشك . وذكر فى المحيط عن أبى يوسف ومحمد يسقط إحصانه لأنها حرمة مؤبدة عندهما ، وجوابه ما مر بخلاف الوطء لأن فيه نصا ، وهو قوله تعالى ـ ولا تنكحوا ما نكح آباوكم من النساء إلا ما قد سلف ـ وقد قام الدليل على أن النكاح حقيقة فى الوطء ولا اعتبار للاختلاف مع صريح النص . وأما الحرمة المؤبدة فى الملك الأخت من الرضاع والجارية المشتركة فإنما يسقط الإحصان لأنه ينافى ملك المتعة فيكون الوطء واقعا فى غير الملك فيصير له شبه بالزنا . والحرمة المؤقتة كالمجوسية والحائض والمظاهر منها والحرمة باليمين والأمة المنكوحة والمعتدة من غيره ووطء الأختين بملك اليمين والمكاتبة والمشتراة شراء فاسدا فلا يسقط الإحصان ، لأن مع قيام الملك فى المحل لايكون الفعل زنا ولا فى معناه والحرمة على شرف الزوال . ومن قذف كافرا زنى فى حالة الكفر لايحد لأن زناه فى الكفر حرام ؛ ولو قذف مكاتبا مات عن وفاء لايحد لوقوع الاختلاف فى حريته ؛ ولو قذف مجوسيا تزوج بأمه ودخل عليها ثم أسلم حد عند أبى حنيفة خلافا لهما بناء على أن له حكم الصحة عنده خلافا لهما وقد مر فى النكاح . قال (والمستأمن يحد بالقذف) لما فيه من حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد . وكان أبو حنيفة يقول أولا : لايحد لغلبة حق الله تعالى والمختار الأول ، ولا يحد فى الخمر بالإجماع لأنه يرى حله . وأما حد الزنا والسرقة ، قال أبو يوسف : يحد فيهما كالذمى ، ولهذا يقتص منه بالإجماع ولا يحد فيهما عندهما لأنه لايلزمه إلا ما التزم وهو إنما التزم حقوق العباد ضرورة التمكن من المعاوضات والرجوع إلى بلده ، ولم يلتزم حقوق الله تعالى ، بخلاف القصاص فانه حق العباد . قال (وإذا مات المقذوف بطل الحد) ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقى (ولا يورث ، ولا يصح العفو عنه ولا الاعتياض)

وَمَنْ قالَ لِمُسْلِمٍ : يا فاسِقُ ، أوْ يا خَبِيثُ ، أوْ يا كافِرُ ، أوْ يا سارِقُ ، أوْ يا مُخَنَّثُ عُزِّرَ ؛ وكَذَلِكَ يا حِمَارُ يا خِنْزِيرُ إنْ كانَ فَقِيها أوْ عَلَوِيًّا . وَمَنْ حَدَّهُ الإمامُ أوْ عَزَّرَهُ فَمَاتَ فَهُوَ هَدَرٌ . وَلِلزَّوْجِ أنْ يُعَزِّرَ زَوْجَتَهُ عَلَى تَرْكِ الزِّينَةِ ، وَتَرْكِ إجابَتِهِ إلى فِرَاشِهِ ، وَتَرْكِ غُسْلِ الجَنابَةِ ، وَعَلَى الخُرُوجِ مِنَ المَنْزِلِ ، وَمَنْ سَرَقَ ، أوْ زَنَى ، أوْ شَرِبَ غَيْرَ مَرَّةٍ فَحُدَّ فَهُوَ لِلكُلِّ .

ولذلك يجرى فيه التداخل ، وهذا بناء على أن الغالب فيه حق الشرع ، ولا خلاف أن فيه حق العبد والشرع ، لأنه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو المنتفع به وفيه معنى الزجر ولأجله يسمى حدا ؛ والمراد بالزجر إخلاء العالم عن الفساد ، وهذا آية حق الشرع ، ثم اختلفوا فى الغالب فيهما ، فأصحابنا غلبوا حق الشرع ، لأن حق العبد يتولاه مولاه فيصير حق العبد مستوفى ضمنا لحق المولى ، ولا كذلك بالعكس ، إذ لا ولاية للعبد على استيفاء حق الشرع إلا بطريق النيابة .

فصــــل

(ومن قال لمسلم : يا فاسق ، أو يا خبيث ، أو يا كافر ، أو يا سارق ، أو يا مخنث عزر) لأنه آذاه بذلك وألحق به الشين ، والحدود لا تثبت قياسا فوجب التعزير لينزجر عن ذلك ويعتبر غيره . وفى المجرد عن أبى حنيفة : يا شارب الخمر ، يا خائن يعزر ؛ وكذلك لو قال : أنت تأوى اللصوص ، أو تأوى الزوانى لما بينا (وكذلك يا حمار يا خنزير إن كان فقيها أو علويا) وكذلك يا ثور يا كلب لأنه يلحقه بذلك الأذى دون الجاهل العامى . وقيل : يعزر فى حق الكل فى عرفنا لأنهم صاروا يعدونه سبا . و قيل لا يعزر فى حق الكل لأنا تيقنا بنفيه فما لحقه به شين ، وإنما لحق القاذف شين الكذب ، ولأنه إنما يشبه بهذه الأشياء لسوء خلقه أو قبح خلقه وليس ذلك بمعصية . رجل زنا بامرأة ميتة يعزر . قال (ومن حده الإمام أو عزره فمات فهو هدر) لأنه مأمور من جهة الشرع فلا يتقيد بالسلامة كالفصاد ، أو نقول : استوفى حق الله تعالى بأمره فكأن الله تعالى أماته بغير واسطة فلا يجب الضمان . قال (وللزوج أن يعزر زوجته على ترك الزينة) إذا أرادها (وترك إجابته إلى فراشه ، وترك غسل الجنابة ، وعلى الخروج من المنزل) لأنه يجب عليها طاعته وطاعة الله تعالى فتعزر على المخالفة . قال (ومن سرق ، أو زنى ، أو شرب غير مرة فحد فهو للكل) لأن المقصود الانزجار وأنه يحتمل حصوله بالأول فيتمكن فى الثانى شبهة عدم المقصود فلا يجب ؛ أما لو زنى وشرب وسرق فانه يجب لكل واحد حد على حدة ، لأنه لو ضرب لأحدها ربما اعتقد أنه لا حد فى الباقى فلا ينزجر عنها ، ولا كذلك إذا اتحدت الجناية ،

باب حد الشرب

وَهُوَ كَحَدِّ الزِّنا كَيْفِيَّةً ، وَحَدِّ القَذْفِ كَمِّيَّةً وَثُبُوتا ، غَيْرَ أَنَّهُ يَبْطُلُ بالرُّجُوعِ وَالتَّقادُمِ فى البَيِّنَةِ وَالإقْرَارِ ، وَالتَّقادُمُ بِذَهابِ السُّكْرِ وَالرَّائِحَةِ ،

ولو أقيم على القاذف تسعة وسبعون سوطا فقذف آخر لم يضرب إلا ذلك السوط للتداخل ، فانه مما يتداخل لغلبة حقّ الشرع ، ولأن المقصود إظهار كذبه ليندفع به العار عن المقذوف ، وذلك يحصل فى حقهما بالسوط الواحد . وإذا اجتمع حدّ الزنا والسرقة والشرب والقذف وفقء العين ، يبدأ بالفقء لكونه خالص حقّ العبد ، وحقّ العبد مقدّم لحاجته واستغناء الله تعالى ، ويحبس حتى يبرأ ، فاذا برأ يحدّ للقذف لما فيه من حقّ العبد ، ويحبس حتى يبرأ ، لأنه لو جمع بين حدّين ربما تلف ، والتلف ليس بواجب ؛ فاذا برأ فللإمام إن شاء بدأ بالقطع ، وإن شاء بحدّ الزنا لاستوائهما فى الثبوت ، وآخرها حدّ الشرب لأنه ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فكان دون ما ثبت بالكتاب ؛ وإن كان محصنا بدأ بالفقء ، ثم حدّ القذف ، ثم الرجم ، ويسقط الباقى لأن القتل يأتى على النفس فيؤدّى إلى إسقاط بعض الحدود وقد أمرنا بذلك ، وإن كان مع ذلك قتل ضرب للقذف ثم يضمن بالسرقة ثم قتل وسقط عنه الباقى ، نقل ذلك عن ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم .

باب حد الشرب

الأصل فى وجوبه قوله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه» (وهو كحدّ الزّنا كيفية ، وحدّ القذف كمية وثبوتا) فيجرّد من ثيابه كما فى حدّ الزنا ، ويفرق على أعضائه لما مرّ . وعن محمد أنه لايجرّد تخفيفا عن حدّ الزنا . قلنا : ثبت التخفيف فى العدد فلا يخفف ثانيا ، وعدده ثمانون سوطا فى الحرّ باجماع الصحابة رضى الله عنهم ، وأربعون فى العبد لأن الرقّ منصف ، ويثبت باقراره مرّة واحدة وبشهادة رجلين كحدّ القذف (غير أنه يبطل بالرجوع والتقادم فى البينة والإقرار) وعن أبى يوسف يشترط الإقرار مرّتين على ما يأتى فى السرقة . قال (والتقادم بذهاب السكر والرائحة) فلو أقرّ بعد ذهاب ريحها أو شهد عليه بعد السكر وذهاب الرائحة لم يحدّ . وقال محمد : يحدّ فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالإجماع ، غير أن محمدا قدّره بالزمان كالزنا ، لأن التأخير يتحقق بمضىّ الزمان والرائحة مشتبهة ، وعندهما مقدّر بزوال الرائحة ، لأن حد الشرب إنما ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ولا إجماع بدون رأى ابن مسعود رضى الله عنه ،

فَلَوْ أَخَذَ وَرِيحُهَا تُوجَدُ مِنْهُ فَلَمَّا وَصَلَ إِلَى الإِمَامِ انْقَطَعَتْ لِبُعْدِ المَسَافَةِ حُدَّ ، وَيُحَدُّ بِشُرْبِ قَطْرَةٍ مِنَ الخَمْرِ ، وَبِالسُّكْرِ مِنَ النَّبِيذِ ؛ وَالسَّكْرَانُ مَنْ لايَعْرِفُ الرَّجُلَ مِنَ المَرْأَةِ ، وَالأَرْضَ مِنَ السَّمَاءِ ؛ وَلا يُحَدُّ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ وَشَرِبَهُ طَوْعًا ، وَلا يُحَدُّ حَتَّى يَزُولَ عَنْهُ السُّكْرُ ، وَلا يُحَدُّ مَنْ وُجِدَ مِنْهُ رَائِحَةُ الخَمْرِ أَوْ تَقَيَّأَهَا .

فانه شرط وجود الرائحة، لما روى أن رجلا جاء بابن أخ له إلى عبد الله بن مسعود فاعترف عند بشرب الحمر ، فقال له ابن مسعود : بئس ولىّ اليتيم أنت لاأدبته صغيرا ولا سترت عليه كبيرا ؟ تتلوه (١) ومزمزوه (٢) ثم استنكهوه (٣) ، فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ، شرط وجود الرائحة فيكون شرطا (فلو أخذ وريحها توجد منه فلما وصل إلى الإمام انقطعت لبعد المسافة حد) فى قولهم جميعا لأنه عذر فلا يعدّ تقادما كما قلنا فى حد الزنا ، ولا يحدّ السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب فتمكنت الشبهة ، ويسقط بخلاف حدّ القذف لأن فيه حقّ العبد ، والسكران فيه كالصاحى كسائر تصرفاته عقوبة له . قال (ويحدّ بشرب قطرة من الخمر ، وبالسكر من النبيذ) لقوله صلى الله عليه وسلم « حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب » ولإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه » وعليه إجماع الصحابة رضى الله عنهم (والسكران من لايعرف الرجل من المرأة والأرض من السماء) وقالا : هو الذى يخلط كلامه ويهذى لأنه المتعارف بين الناس وهو اختيار أكثر المشايخ ، وأبو حنيفة يأخذ فى أسباب الحدود بأقصاها درءا للحدّ ، وأقصاه الغلبة على العقل حتى لايميز بين الأشياء ، لأنه متى ميز فذلك دلالة الصحو أو بعضه وأنه ضد السكر ، فتى ثبت أحدهما أو شىء منه لايثبت الآخر (ولا يحدّ حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا) لأن السكر يكون من المباحات كالبنج ولبن الرماك وغيرهما وذلك لا يوجب الحدّ ، وكذلك الشرب مكرها لايوجب الحدّ فلذلك شرط ذلك . قال (ولا يحدّ حتى يزول عنه السكر) ليتألم بالضرب فيحصل مصلحة الزجر . قال (ولا يحدّ من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) لأن الرائحة مشتبهة واحتمال أنه شربها مكرها ثابت والحدود لاتجب بالشك ، والله أعلم .

---

(١) قوله تتلوه ، و فى رواية أخرى ترتروه بالراء . والتلتلة والترترة : التحريك .

(٢) المزمزة : التحريك بعنف .

(٣) قال فى مختار الصحاح : واستنكهه فنكه فى وجهه من باب ضرب وقطع : إذا أمره بأن ينكه ليعلم أشارب هو أم لا .

كتاب الأشربة

المُحَرَّمُ مِنْهَا الخَمْرُ وَهِيَ النِّيءُ مِنْ ماءِ العِنَبِ إِذَا غَلا وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بالزَّبَدِ . الثَّانِي العَصِيرُ إِذَا طُبِخَ فَذَهَبَ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثِهِ وَهُوَ الطِّلاءُ ، وَإِنْ ذَهَبَ نِصْفُهُ فالمُنَصَّفُ . الثَّالِثُ السَّكَرُ ، وَهُوَ النِّيءُ مِنْ ماءِ الرُّطَبِ إِذَا غَلا كَذَلِكَ .

كتاب الأشربة

وهى جمع شراب ، وهو كل مائع رقيق يشرب ولا يتأتى فيه المضغ محرّما كان أو حلالا ، وهى تستخرج من العنب والزبيب والتمر والحبوب ، ومنها حرام ومنها حلال ، فـ(المحرّم منها الخمر ، وهى النيء من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد) وعندهما لايشترط القذف بالزبد لأنه يسمى خمرا بدونه ، ولأن المؤثر فى فساد العقل وتغطيته هو الاشتداد . ولأبى حنيفة أن السكون أصل فى العصير ، ومابقى شيء من آثاره فالحكم له ، وأحكام الشرع قطعية فلا يحكم بكونه خمرا مع وجود شيء من آثار العصير للمغايرة بينهما ، ولأن الثابت لايزول إلا بيقين ، فما بقى شيء من آثار العصير لايتيقن بالخمرية . وأما حرمتها فبالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى ـ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس ـ والرجس : الحرام لعينه . والسنة قوله صلى الله عليه وسلم « حرمت الخمر لعينها » وقد تواتر تحريمها عن النبىّ صلى الله عليه وسلم وعليه إجماع الأمة ؛ ويتعلق بها أحكام أخر : منها أنه يكفر مستحلها لثبوت حرمتها بدليل مقطوع به ، ومنها أن نجاستها مغلظة لثبوتها بالدليل القطعى ، ومنها أنها لاقيمة لها فى حقّ المسلم حتى لايجوز بيعها ولا يضمن غاصبها ولا متلفها لأن ذلك دليل عزّتها ، وتحريمها دليل إهانتها . وقال صلى الله عليه وسلم « إن الذى حرّم شربها حرّم بيعها وأكل ثمنها » ومنها حرمة الانتفاع بها لنجاستها ، ولأن فى الانتفاع بها تقريبها ، والله تعالى يقول ـ فاجتنبوه ـ ، ومنها أنه يحدّ بشرب القليل منها على ما بينا فى بابها ، ومنها أن الطبخ لايحلها ، لأن الطبخ فى العصير يمنع الحرمة ولا يرفعها . ومنها جواز تخليلها على ما يأتى إن شاء الله تعالى . (الثانى العصير إذا طبخ فذهب أقلّ من ثلثه وهو الطلاء) وقيل إذا ذهب ثلثه فهو الطلاء (وإن ذهب نصفه فالمنصف) وإن طبخ أدنى طبخة فالباذق والكلّ حرام إذا غلا واشتدّ وقذف بالزبد على الاختلاف لأنه رقيق لذيذ مطرب يجتمع الفساق عليه فيحرم شربه دفعا لما يتعلق به من الفساد . (الثالث السكر ، وهو النيء من ماء الرطب إذا غلا كذلك) قال صلى الله عليه وسلم « الخمر من

الرَّابِعُ : نَقِيعُ الزَّبِيبِ ، وَهُوَ النِّيءُ مِنْ ماءِ الزَّبِيبِ إِذَا غَلا وَاشْتَدَّ كَذَلِكَ ، وَحُرْمَةُ هَذِهِ الأَشْرِبَةِ دُونَ حُرْمَةِ الخَمْرِ فَيَجُوزُ بَيْعُها وَتُضْمَنُ بالإِتْلافِ، وَلا يُحَدُّ شارِبُهَا حَتَّى يَسْكَرَ ، وَلا يَكْفُرُ مُسْتَحِلُّها ؛ وَنَبِيذُ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ إِذَا طُبِخَ أَدْنَى طَبْخَةٍ حَلالٌ ، وَإِنِ اشْتَدَّ إِذَا شُرِبَ ما لَمْ يُسْكِرْ مِنْ غَيْرِ لَهْوٍ . وَعَصِيرُ العِنَبِ إِذَا طُبِخَ فَذَهَبَ ثُلُثاهُ حَلالٌ ، وَإِنِ اشْتَدَّ إِذَا قُصِدَ بِهِ التَّقَوِّي ، وَإِنْ قُصِدَ بِهِ التَّلَهِّي فَحَرَامٌ .

هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرم والنخلة » وعليه إجماع الصحابة رضى الله عنهم . (الرابع نقيع الزبيب ، وهو النىء من ماء الزبيب إذا غلا واشتدّ كذلك) على الخلاف حرام أيضا لما روينا وبينا (وحرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر) لأن حرمة الخمر قطعية على ما مرّ ، وحُرمة هذه اجتهادية (فيجوز بيعها وتضمن بالإتلاف) خلافا لهما لأنها حرام فلا يجوز بيعها كالخمر . وعن أبى يوسف : أنه يجوز بيعها وتضمن بالإتلاف إذا ذهب بالطبخ أكثر من ثلثه . ولأبى حنيفة أنه مال متقوّم ، وما دلّ الدليل على سقوط تقومها بخلاف الخمر ، ثم يجب بالإتلاف عنده القيمة دون المثل لأنه ممنوع من الانتفاع بها للحرمة (ولا يحدّ شاربها حتى يسكر ولا يكفر مستحلها) لما بينا . وعن أبى يوسف : ما كان من الأشربة يبقى بعد ما بلغ : أى اشتدّ عشرة أيام لايفسد ، أى لايحمض فانى أكرهه ، لأن بقاءه هذه المدّة دليل قوّته وشدّته فكان آية حرمته ، روى ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما ، ثم رجع إلى قول أبى حنيفة . قال (ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة حلال ، وإن اشتدّ إذا شرب مالم يسكر من غير لهو) ولا طرب (و) كذلك (عصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه حلال ، وإن اشتدّ إذا قصد به التقوّى ، وإن قصد التلهى فحرام) وقال محمد : حرام ، وعنه مثل قولهما ، وعنه التوقف فيه . له قوله صلى الله عليه وسلم « كل مسكر حرام » وقوله « ماأسكر كثيره فقليله حرام » وقياسا على الخمر . لهما قوله عليه الصلاة والسلام « حرّمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها . والسكر من كلّ شراب» خصّ السكر من غير الخمر بالتحريم ، فمن عمم بالتحريم السكر وغيره فقد خالف النصّ ، وما رواه من الأحاديث طعن فيه يحيى بن معين . ذكره عبد الغنى المقدسى فى كتابه ، ولأن عامة الصحابة رضى الله عنهم خالفوه ، فدلّ على عدم صحته ، أو هو محمول على الشرب المسكر والتلهى ، أو نقول : المسكر هو القدح الأخير فنقول بالموجب ، ولأن حرمة قليل الخمر يدعو إلى كثيره لرقته ولطافته فأعطى حكمه . وليس كذلك المثلث لأن قليله لايدعو إلى كثيره وهو غذاء فلا يحرم . وروى الطحاوى باسناده إلى ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم أتى بنبيذ فشمه فقطب وجهه

وَنَبيذ العَسَلِ وَالتِّينِ وَالحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالذُّرَةِ حَلَالٌ طُبِخَ أَوْلا ؛ وفي حَدِّ السَّكْرَانِ مِنْهُ رِوَايَتَانِ ؛ وَيُكْرَهُ شُرْبُ دِرْدِيِّ الخَمْرِ وَالامْتِشاطُ بِهِ . وَلا بأسَ بالانْتِباذِ فى الدُّبَّاء وَالحَنْتَمِ وَالمُزَفَّتِ وَالنَّقِيرِ ، وَخَلُّ الخَمْرِ حَلالٌ سَوَاءٌ تَخَلَّلَتْ أَوْ خُلِّلَتْ .

لشدّته ، ثم دعا بماء فصبه عليه وشرب منه وقال : إذا اغتلمت (١) عليكم هذه الأشربة فاقطعوا متونها (١) بالماء » . وفى رواية « أنه لما قطب قال رجل : أحرام هو ؟ قال لا » وهذا نصّ فى الباب . وعن ابن أبى ليلى قال : أشهد على البدريين من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنهم كانوا يشربون النبيذ فى الجرار الخضر ، وقد نقل ذلك عن أكثر الصحابة رضى الله عنهم ومشاهيرهم قولا وفعلا حتى قال أبو حنيفة : إنه مما يجب اعتقاد حله لئلا يؤدّى إلى تفسيق الصحابة رضى الله عنهم ؛ والمثلث إذا صبّ عليه الماء حتى رقّ ثم طبخ لايتغير حكمه ، لأن صبّ الماء يزيده ضعفا ، بخلاف ما إذا صبّ الماء على العصير فطبخ حتى ذهب ثلثا الجميع ، لأن الماء يذهب أوّلا للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثى العصير . قال (ونبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة حلال طبخ أولا) إذا لم يشرب للهو والطرب ، لقوله صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين الشجرتين » والمراد بيان الحكم ، ولأن قليله لايدعو إلى كثيره . وعن محمد أنه حرام ، ويقع طلاق السكران منه كغيره من الأشربة المحرّمة ، وجوابه ما مرّ (وفى حدّ السكران منه روايتان) والأصحّ أنه يحدّ ، لأن فى بعض البلاد يجتمع الفساق عليه اجتماعهم على الخمر وفوقه ، وعلى هذا المتخذ من الألبان ؛ ثم قيل : يجب أن لايحلّ لبن الرماك عند أبى حنيفة اعتبارا بلحمها ، إذ هو متولد منه ، وجوابه أن كراهة اللحم لاحترامه ، أو لما فى إباحته من تقليل آلة الجهاد فلا يتعدّى إلى لبنه . قال (ويكره شرب درديّ الخمر والامتشاط به) لأنه من أجزاء الخمر ، ولا يحدّ شاربه ما لم يسكر لأنه ناقص ، إذ الطباع السليمة تكرهه وتنبو عنه ، وقليله لايدعو إلى كثيره فصار كغير الخمر . قال (ولا بأس بالانتباذ فى الدباء والحنتم والمزفت والنقير) لقوله صلى الله عليه وسلم « كنت نهيتكم عن الانتباذ فى الدباء والحنتم والمزفت والنقير ، ألا فانتبذوا فيها واشربوا فى كلّ ظرف ، فان الظرف لايحلّ شيئا ولا يحرّمه ، ولا تشربوا المسكر » . قال (وخلّ الخمر حلال سواء تخللت أو خللت) لقوله صلى الله عليه وسلم « نعم الأدم الخلّ » مطلقا ، وقال صلى الله عليه وسلم « خير خلكم خلّ خمركم » ولأن التخليل يزيل الوصف المفسد ويثبت وصف الصلاحية

---

(١) قال فى المنجد : اغتلم الشراب : اشتدّت سورته .

(٢) متونها : أي شدّتها .

كتاب السرقة

وَهِيَ أَخْذُ العاقِلِ البالغِ نِصَابًا مُحْرَزًا ، أَوْ ماقِيمَتُهُ نِصَابا ملْكا لِلْغَيْر لاشُبْهَةَ لَهُ فيهِ عَلى وَجْهِ الخُفْيَةِ .

لأن فيه مصلحة قمع الصفراء والتغذّى ومصالح كثيرة ، وإذا زال المفسد الموجب للحرمة حلت كما إذا تخللت بنفسها ، وإذا تخللت طهر الإناء أيضا ، لأن جميع ما فيه من أجزاء الخمر يتخلل إلا ماكان منه خاليا عن الخلّ فقيل يطهر تبعا ، وقيل يغسل بالخلّ ليطهر لأنه يتخلل من ساعته ، وكذا لو صبّ منه الخلّ ، فما خلا طهر من ساعته ؛ ومن خاف على نفسه الهلاك من العطش ولم يجد إلا خمرا فله أن يشرب منها ما يأمن به من الموت ثم يكفّ ، لأن الله تعالى أباح للمضطرّ أكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، والخمر مثلها فى التحريم فتكون مثلها فى الإباحة عند الاضطرار ، فاذا أمن على نفسه زالت الضرورة وهو خوف الهلاك عاد التحريم ، وإذا وجدت الخمر فى دار إنسان وعليها قوم جلسوا مجالس من يشربها ولم يرهم أحد يشربونها عزّروا ، لأنهم ارتكبوا أمرا محظورا وجلسوا مجلسا منكرا ، وكذلك من وجد معه آنية خمر عزر لأنه ارتكب محظورا .

كتاب السرقة

(وهى) فى اللغة : أخذ الشىء على سبيل الخفية والاستسرار بغير إذن المالك ، سواء كان المأخوذ مالا أو غير مال ، ومنه استراق السمع ، قال الله تعالى ـ إلا من استرق السمع فأتبعه ـ وسرقة الشاعر المعنى وسرقة الصنعة ونحوه . وفى الشرع (أخذ العاقل البالغ نصابا محرزا ، أو ما قيمته نصابا ملكا للغير لاشبهة له فيه على وجه الخفية) والمعنى اللغوى مراعى فيه ابتداء وانتهاء ، أو ابتداء فى بعض الصور كما إذا نقب البيت خفية وأخذ المال مكابرة وذلك يكون ليلا ، لأنه ربما أحسوا به فكابر وأخذ ولا غوث بالليل فيقطع ؛ أما النهار لو فعل ذلك لايقطع لأنه يلحقهم الغوث فلا يمكنه ذلك ، فيشترط الخفية ليلا ونهارا فهى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه ؛ وفى قطع الطريق وهى السرقة الكبرى مسارقة عين الإمام وأعوانه لأنه المتصدّى لحفظ الطريق بأعوانه ، لأن الأموال إنما تصير مصونة محرزة بحفظ الإمام وحمايته . والأصل فى وجوب القطع قوله تعالى ـ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ـ . وقرأ ابن مسعود رضى الله عنه : فاقطعوا أيمانهما ، وقوله تعالى ـ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا ـ الآية ، وقال صلى الله عليه وسلم « من سرق قطعناه » ورفع إليه صلى الله عليه وسلم سارق فقطه .

وَالنِّصَابُ دِينَارٌ أَوْ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ مَضْرُوبَةً مِنَ النُّقْرَةِ .

وإجماع الأمة على وجوب القطع وإن اختلفوا فى مقدار النصاب ، ولأن المال محبوب إلى النفوس تميل إليه الطباع البشرية خصوصا عند الحاجة والضرورة ، ومن الناس من لايردعه عقل ، ولا يمنعه نقل ، ولا تزجرهم الديانة ، ولا تردّهم المروءة والأمانة ، فلولا الزواجر الشرعية من القطع والصلب ونحوهما لبادروا إلى أخذ الأموال مكابرة على وجه المجاهرة ، أو خفية على وجه الاستسرار ، وفيه من الفساد ما لايخفى ، فناسب شروع هذه الزواجر فى حقّ المستسرّ والمكابر فى سرقتى الصغرى والكبرى حسما لباب الفساد وإصلاحا لأحوال العباد ، والعبد والحرّ فى القطع سواء لإطلاق النصوص ، ولأن القطع لايتنصف فيكمل فى العبد صيانة لأموال الناس ؛ ولا بد من العقل والبلوغ لأن القطع شرع زاجرا عن الجناية ، ولا جناية من الصبىّ والمجنون . وأما اشتراط النصاب فلما روى أن اليد كانت لاتقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا فى ثمن المجنّ . وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : كانت اليد لاتقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشىء التافه ، ولأنه لابدّ من اعتبار مال له خطر لتتحقق الرغبة فيه فيجب الزجر عنه ؛ أما الحقير لاتتحقق الرغبة فيه فلا حاجة إلى الزجر عنه ، ولا بدّ أن يكون محرزا لأنه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع فى حريسة الجبل : أى ما يحرس بالجبل لعدم الحرز ؛ ولا بدّ أن يكون غير مأذون له بالدخول فيها ، لأن بالإذن يخرج من أن يكون حرزا فى حقه ؛ ويشترط أن يكون ملكا للغير لاشبهة له فيه ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات على مامرّ ، وتكون على سبيل الخفية لأن السرقة لاتكون على الجهر على ما مرّ . قال (والنصاب دينار أو عشرة دراهم مضروبة من النقرة) لقوله صلى الله عليه وسلم « لاقطع فى أقلّ من عشرة دراهم » وما روى أن القطع كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن إلا فى ثمن المجن ، فقد نقل عن ابن عباس وابن أمّ أيمن قالا : كانت قيمة المجن الذى قطع فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم ، ونقل أقلّ من عشرة دراهم ، والأخذ بالأكثر أولى احتيالا للدرء ، وفى الأقلّ شبهة عدم الجناية . وروى عن أبى يوسف ومحمد : أنه لايقطع فى عشرة دراهم تبر ما لم تكن مضروبة . وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنه يعتبر قيمته بنقد البلد . وروى الحسن عنه : إذا سرق عشرة دراهم مما يروج بين الناس قطع ، فعلى هذا إذا كان التبر رائجا بين الناس قطع . وروى الحسن عنه أيضا : لو سرق أحدعشر درهما لاتروج ، فان كانت تساوى عشرة رائجة قطع ، وإلا فلا ؛ وقوله أو ما قيمته عشرة دراهم ، دليل على أن غير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم وإن كان ذهبا . وروى بشر عن محمد : لو سرق نصف دينار

وَالحِرْزُ يَكُونَ بالحافِظِ وَبِالمَكانِ كالدُّورِ وَالبُيُوتِ وَالحانُوتِ ، وَلا يُعْتَبَرُ فِيه الحافِظُ . وَإِذا سَرَقَ مِنَ الحَمَّامِ لَيْلاً قُطِعَ ، وَبالنَّهارِ لا وَإِنْ كانَ صَاحِبُهُ عِنْدَهُ ، وَالمَسْجِدُ وَالصَّحْرَاءُ حِرْزٌ بالحافِظِ ،

قيمته عشرة دراهم قطعته ، وإن سرق دينارا قيمته أقلّ من عشرة دراهم لاأقطعه . ثم حرز كلّ شيء على حسب ما يليق به . قال عليه الصلاة والسلام « فإذا آواه الجرين (١) يعني البيدر ففيه القطع ، وقال عليه الصلاة والسلام « لاقطع فى حريسة الجبل ، وما آواه المراح (٢) ففيه القطع » أى موضع يروحون منه . قال (والحرز يكون بالحافظ وبالمكان) لأن الحرز مايصير به المال محرزا عن أيدى اللصوص وذلك بما ذكرنا ، فالحافظ كمن جلس فى الصحراء أو فى المسجد أو فى الطريق وعنده متاعه فهو محرز به ، وسواء كان نائما أو مستيقظا ؛ أما إذا كان مستيقظا فظاهر ؛ وأما إذا كان نائما فلما روى « أنه عليه الصلاة والسلام قطع سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم فى المسجد » وسواء كان المتاع تحته أو عنده ، لأنه يعدّ حافظا له فى ذلك كله عرفا ؛ والحرز بالمكان هو ما أعدّ للحفظ (كالدور والبيوت والحانوت) والصندوق ونحوه (ولا يعتبر فيه الحافظ) لأنه محرز بدونه ، وهو المكان الذى أعد للحفظ ، إلا أن القطع لايجب بالأخذ من الحرز بالمكان إلا بالإخراج منه ، لأن يد المالك قائمة ما لم يخرجه ، والمحرز بالحافظ يجب القطع كما أخذه ، لأن يد المالك زالت بمجرّد الأخذ فتمت السرقة . ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهارا وأخذ متاعا لم يقطع ، لأنه مكابرة وليس بسرقة لعدم الاستسرار على ما بينا ؛ وإن دخل ليلا قطع لأنه حرز لأنه بنى للحرز ؛ ولو دخل بين العشاء والعتمة والناس منتشرون فهو بمنزلة النهار ؛ ولو علم صاحب الدار باللصّ واللصّ لايعلم به أو بالعكس قطع لأنه مستخفّ ؛ وإن علم كلّ واحد بالآخر لايقطع لأنه مكابر . قال (وإذا سرق من الحمام ليلا قطع ، وبالنهار لا وإن كان صاحبه عنده) لأنه مأذون له بالدخول فيه نهارا فاختلّ الحرز ، ويقطع ليلا لأنه بنى للحرز ، وما اعتاد الناس من دخول الحمام بعض الليل فهو كالنهار لوجود الإذن ، وعلى هذا كل حرز أذن بالدخول فيه كالخانات وحوانيت التجار والضيف ونحوهم . قال (والمسجد والصحراء حرز بالحافظ) لأن الصحراء ليس بحرز ، والمسجد ما بنى للحفظ والإحراز ، فلو سرق منه وصاحبه عنده يحفظه قطع لوجود السرقة ، بخلاف الحمام والحرز الذى أذن بالدخول فيه حيث لايقطع وإن كان صاحبه عنده ، لأنه بنى الإحراز فلا يعتبر فيه الحافظ لما مرّ .

(١) الجرين : موضع التمر الذى يجفف فيه .

(٢) هو المكان الذى تأوى إليه الماشية ليلا .

وَالجَوَالِقُ وَالفُسْطاطُ كالْبَيْتِ ، فإنْ سَرَقَ الفُسْطاطَ وَالجَوَالِقَ لايُقْطَعُ إلاّ أنْ يَكُونَ لَهُما حافِظٌ ، وَلِهَذَا قالُوا : لايُقْطَعُ النَّبَّاشُ ، وَتَثْبُتُ السَّرِقَةُ بِمَا يَثْبُتُ بِهِ القَذْفُ ، وَيَسْأَلُ الشُّهُودَ عَنْ كَيْفِيَّتِها وَزَمانِها وَمَكانِها وَماهِيَّتِها ، وَلا بُدَّ مِنْ حُضُورِ المَسْرُوقِ مِنْهُ عِنْدَ الإقْرارِ وَالشَّهادَةِ وَالقَطْعِ .
وَإذَا دَخَلَ جَماعَةٌ الحِرْزَ وَتَوَلَّى بَعْضُهُمُ الأخْذَ قُطِعُوا إنْ أصابَ كُلَّ واحِدٍ نِصَابٌ ،

قال (والجوالق (١) والفسطاط (٢) كالبيت) لأنه عمل للحفظ (فإن سرق الفسطاط والجوالق لايقطع) لأنهما ليسا فى حرز وإن كان حرزا لما فيهما (إلا أن يكون لهما حافظ) فيقطع لوجود الحرز ، وقال أصحابنا : ما كان حرزا لنوع فهو حرز لجميع الأنواع حتى جعلوا شريجة البقال (٣) حرزا للجواهر لأنه يحرز خلفها الدراهم والدنانير (ولهذا قالوا : لايقطع النباش) لأن القبر ليس بحرز لغير الكفن فلا يكون حرزا للكفن . قال (وتثبت السرقة بما يثبت به القذف) يعنى بالإقرار مرّة وبشهادة شاهدين كسائر الحقوق وقد تقدّم . وقال أبويوسف : لابدّ من إقراره مرّتين لأنه إحدى الحجتين فيعتبر فيها التثنية كالأخرى وهى البينة كما فى الزنا وحدّ الشرب على هذا الخلاف . ولهما أن السرقة والشرب ثبت بالمرّة الواحدة فلا حاجة إلى الأخرى كالقصاص ، وحدّ القذف والتثنية فى الشهادة منصوص عليه ، ولأنه يفيد تقليل تهمة الكذب ، ولا كذلك الإقرار لأنه لاتهمة فيه واشتراط الزيادة فى الزنا على خلاف القياس فيقتصر على مورد النصّ ؛ وينبغى أن يلقن المقرّ الرجوع احتيالا للدرء ، فقد روى « أنه عليه الصلاة والسلام أتى بسارق فقال له : أسرقت ؟ ما إخاله سرق » وإذا رجع عن الإقرار صحّ فى القطع لأنه خالص حقّ الله تعالى ولا مكذّب له فيه ، ولا يصحّ فى المال لأن صاحبه يكذبه . قال (ويسأل الشهود عن كيفيتها وزمانها ومكانها وماهيتها) لأنه يلتبس على كثير من الناس فيسأل عنه احتياطا فى الحدود . قال (ولا بدّ من حضور المسروق منه عند الإقرار والشهادة والقطع) حتى لايقطع مالم يصدقه ، لأن حقه متعلق بالسرقة حتى لايثبت بدون دعواه ، ولاحتمال أن يهبه المسروق أو يملكه فيسقط القطع ، فاذا حضر انتفى هذا الاحتمال . قال (وإذا دخل جماعة الحرز وتولى بعضهم الأخذ قطعوا إن أصاب كلّ واحد نصاب) لوجود السرقة

---

(١) الجوالق : ما يعرف بين العامة بالغرارة .

(٢) الفسطاط : بيت الشعر .

(٣) قوله شريجة البقال . قال فى المنجد : الشريجة : جديلة من القصب تجعل على بابه الدكاكين اهـ .

وَإِنْ نَقَبَ فأَدْخَلَ يَدَهُ وأَخْرَجَ المَتاعَ ، أَوْ دَخَلَ فَنَاوَلَ المَتاعَ آخَرَ مِنْ خارِجٍ لَمْ يُقْطَعْ ، وَإِنْ أَلْقاهُ فِى الطَّرِيقِ ثُمَّ أَخَذَهُ قُطِعَ . وَلَوْ حَمَلَهُ عَلَى حِمَارٍ وَسَاقَهُ قُطِعَ ، وَإِنْ أَدْخَلَ يَدَهُ فِى صُنْدُوقِ الصَّيْرَفِىِّ أَوْ كُمِّ غَيْرِهِ وأَخَذَ قُطِعَ .

من كلّ واحد منهم ، لأن الأخذ وجد من الكلّ معنى للمعاونة كما فى قطع الطريق وصار كالردء والمعين ، وإن كان أقلّ من نصاب لم يقطع ، لأن القطع يجب على كلّ واحد بجنايته فيعتبر كمالها فى حقه . قال (وإن نقب فأدخل يده وأخرج المتاع ، أو دخل فناول المتاع آخر من خارج لم يقطع) أما الأولى فلأنه لم يوجد الهتك على وجه الكمال وهو الدخول فصار فيه شبهة العدم فلا يجب الحدّ . وأما الثانية فلأن الداخل لم يخرج المتاع لاعتراض يد معتبرة عليه قبل إخراجه ، والخارج لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتمّ السرقة من كلّ واحد منهما . وعن أبى يوسف : القطع فى الأولى لأن المقصود من السرقة إخراج المال من الحرز وقد وجد ، فصار كما إذا أدخل يده فى صندوق الصيرفىّ وأخرج الدراهم عنه ؛ وفى المسئلة الثانية إن أخرج الداخل يده وناولها الخارج قطع الداخل ، وإن أدخل الخارج يده فتناولها من الداخل قطعا وهى بناء على الأولى . وجوابه أن كمال هتك حرمة الحرز بالدخول فيه وهو ممكن معتاد ، ولم يوجد بخلاف الصندوق لأن الممكن فيه إدخال يده فيه دون دخوله . قال (وإن ألقاه فى الطريق ثم أخذه قطع) وقال زفر : لايقطع : لأن الإلقاء لايوجب القطع كما لو لم يأخذه ، وبالأخذ من الطريق لايقطع كما لو أخذه غيره . ولنا أنه لم يعترض عليه فعل آخر فاعتبر الكلّ فعلا واحدا ، ولأن ذلك عادة اللصوص ، لأنه يتعذّر خروجهم بالمتاع فيفعلوا ذلك أو يفعلونه ليتفرّغوا للدفع لو ظهر عليهم أو للهرب فكان من تمام السرقة ، بخلاف ما إذا ألقاه ولم يأخذه لأنه مضيع لاسارق (و) كذلك (لو حمله على حمار وساقه قطع) لأن مشيه مضاف إليه ، ولو خرج قبل الحمار ثم خرج الحمار بعده وجاء إلى منزله لم يقطع ولو علق على طائر له وتركه فى المنزل فطار بعد ذلك إلى منزله لم يقطع لأنه مختار فى ذلك ؛ ولو طرح المتاع فى نهر فى الدار فذهب به الماء وأخرجه لاقطع عليه لأن الماء أخرجه بقوّته حتى او لم يكن له قوّة وحركه هو حتى أخرجه قطع لأنه مضاف إلى فعله . قال (وإن أدخل يده فى صندوق الصيرفىّ أو كمّ غيره وأخذ قطع) لأنه حرز ، أما الصندوق فحرز بنفسه على ما بينا ، وأما الكمّ فحرز بالحافظ فيقطع .

وَلا قَطْعَ فِيما يُوجَدُ تافِهاً فى دَارِ الإسْلامِ : كالحَطَبِ وَالسَّمَكِ وَالصَّيْدِ وَالطـيرِ وَالنَّوْرَةِ وَالزَّرْنِيخِ وَنَحْوِها ، وَلا ما يَتَسارَعُ إِلَيْهِ الفَسادُ : كالفَوَاكِهِ الرَّطْبَةِ وَاللَّبَنِ وَاللَّحْمِ ، وَلا ما يَتَأَوَّلُ فِيهِ الإنكارُ : كالأَشْرِبَةِ المُطْرِبَةِ ، وآلاتِ اللَّهْوِ وَالنَّرْدِ وَالشِّطْرَنْجِ ، وَصَلِيبِ الذَّهَبِ ، وَلا فى سَرِقَةِ المُصْحَفِ المُحَلَّى ، وَالصَّبِيِّ الحُرِّ المُحَلَّى :

فصـــل

(ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا فى دار الإسلام : كالحطب والسمك والصيد والطير والنورة والزرنيخ ونحوها) لحديث عائشة رضى الله عنها « إن اليد كانت لاتقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام فى الشىء التافه » وهو الحقير ، وهو مباح فى الأصل بصورته ، حقير لقلة الرغبات فيه ، ولهذا لايجرى فيه الشحّ والضنة ، وما كان كذلك لايؤخذ على كره من المالك عادة فلا حاجة إلى الزاجر كما قلنا فيما دون النصاب ، وما فيا من الشركة العامة فى الأصل يوجب الشبهة . وقال عليه الصلاة والسلام « لاقطع فى الطير » ويعمّ جميع الطيور حتى الدجاج والبطّ ، ويدخل فى السمك الملح والطرىّ . قال (ولا ما يتسارع إليه الفساد : كالفواكه الرطبة واللبن واللحم) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاقطع فى الطعام » قالوا : معناه ما يتسارع إليه الفساد لأنه يقطع فى الحبوب والسكر إجماعا : وقال عليه الصلاة والسلام « لاقطع فى ثمر ولا كثر » قال محمد : الثمر ما كان على رءوس النخل ، والكثر : الجمار . وقال عليه الصلاة والسلام « لاقطع فى الثمار » وما آواه الجرين ففيه القطع وهو موضع تجمع فيه الثمار إذا صرمت ، والذى يجمع عادة هو اليابس . قال (ولا ما يتأوّل فيه الإنكار : كالأشربة المطربة وآلات اللهو والنرد والشطرنج وصليب الذهب) لأنه يصدّق دعواه فى تأويله الإنكار لأنه ظاهر حال المسلم ، بل يجب عليه ذلك لأنه نهى عن المنكر . قال (ولا فى سرقة المصحف المحلى) وعن أبى يوسف أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصابا لأنها ليست من المصحف فاعتبرت بانفرادها . ولنا أنه يتأوّل فيه القراءة ، ولأن الإحراز لأجل المكتوب ولا مالية له وما وراءه تبع كالجلد والورق والحلية ولا عبرة بالتبع ، والأصل أنه متى اجتمع ما يجب فيه القطع وما لايجب لايقطع كالشراب وماء الورد فى إناء ذهب أو فضة ، لأنه اجتمع دليلا القطع وعدمه فأورث شبهة ، حتى لو شرب ما فى الإناء فى الدار ثم أخرج الإناء من الدار فارغا قطع ، لأن المقصود حينئذ هو الإناء ، رواه هشام عن محمد (٠) كذلك (الصبىّ الحرّ المحلى) وعن أبى يوسف : أنه يقطع لأن الحلىّ غيره فكان مقصودا . ولنا أن الحلىّ تبع له وهو ليس بمال ، ولأنه

وَلا فِي سَرِقَةِ العَبْدِ ، وَلا فِي سَرِقَةِ الزَّرْعِ قَبْلَ حَصَادِهِ وَالثَّمَرَةِ عَلَى الشَّجَرِ وَلا فِي كُتُبِ العِلْمِ ؛ وَيُقْطَعُ فِي السَّاجِ وَالقَنَا وَالأَبَنُوسِ وَالصَّنْدَلِ وَالعُودِ والياقُوتِ وَالزَّبَرْجَدِ وَالفُصُوصِ كُلِّها ، وَالأَوانِي المُتَّخَذَةِ مِنَ الخَشَبِ ؛ وَلا قَطْعَ عَلَى خائِنٍ ، وَلا نَبَّاشٍ ، وَلا مُنْتَهِبٍ ، وَلا مُخْتَلِسٍ

يتأوّل فى أخذه خوف الهلاك وردّه على أهله ، ولو كان قصده الحلىّ لأخذه دون الصبىّ ؛ وكذا لو سرق كلبا عليه قلائد فضة لأنها تبع له ولا قطع فى الأصل فكذا فى التبع . قال (ولا فى سرقة العبد) صغيرا كان أو كبيرا عند أبى يوسف لأنه آدمىّ من وجه مال من وجه ، وقالا : يقطع فى العبد الصغير لأنه مال لكونه منتفعا به ؛ أو بعرضية الانتفاع لأنه خداع أو غصب وليس سرقة ، وإذا كان يعبر عن نفسه ويعقل فهو كالكبير . قال (ولا فى سرقة الزرع قبل حصاده والثمرة على الشجر) لعدم الحرز وللحديث المتقدّم . قال (ولا فى كتب العلم) لأنه يتأوّل قراءتها ، ولأن المقصود ما فيها وليس بمال ، ويقطع فى دفاتر الحساب لأن ما فيها غير مقصود ، وإنما المقصود الكاغد ؛ ولو سرق الجلد والكواغد قبل الكتابة قطع ، وفى كتب الأدب روايتان . قال (ويقطع فى الساج والقنا والأبنوس والصندل والعود والياقوت والزبرجد والفصوص كلها) لأنها من أنفس الأموال وأعزّها مرغوب فيها ، ولا توجد مباحة فى دار الإسلام لصورتها فصارت كالذهب والفضة . (و) يقطع فى (الأوانى المتخذة من الخشب) لأنها التحقت بالأموال النفيسة بالصنعة ، ولا قطع فى العاج ما لم يعمل ، فاذا عمل منه شىء قطع فيه ، ولا قطع فى الزجاج لأن المكسور منه تافه ، والمصنوع يتسارع إليه الفساد . وقيل يقطع فى المصنوع لأنه مال نفيس لايتسارع إليه الفساد . قال محمد : لو سرق جلود السباع المدبوغة وقيمتها مائة لايقطع ، ولو جعلت مصلاة أو بساطا قطع ، لأنها خرجت من أن تكون جلود السباع لتغير اسمها ومعناها . قال (ولا قطع على خائن ، ولا نباش ، ولا منتهب ، ولا مختلس) قال عليه الصلاة والسلام « لاقطع على خائن ولا منتهب ولا مختلس » ولأن الحرز قاصر فى حقّ الخائن لأن المال غير محرز عنه ، والمنتهب والمختلس مجاهر فلا يكون سارقا . وسئل علىّ رضى الله عنه عن المختلس والمنتهب ؟ فقال : تلك دعابة (١) لاشىء فيها ، ولأن اسم السارق لايتناوله فلا يدخل تحت النصّ . وأما النباش فيقطع عند أبى يوسف لقوله عليه الصلاة والسلام « من نبش قطعناه » ولأنه سرق مالا متقوّما من حرز مثله فيقطع . ولهما ما روى الزهرى أن نباشا أخذ فى زمن مروان بالمدينة والصحابة متوافرون يومئذ فأجمعوا أن لاقطع عليه ، ولأن اسم السارق لايتناوله ، ألا ترى أن العرب أفردوا له اسما ؟ والقطع وجب

---

(١) الدعابة : المزاح .

وَلَا مَنْ سَرَقَ مِنْ ذِى رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، أَوْ مِنْ سَيِّدِهِ ، أَوْ مِنْ امْرأَةِ سَيِّدِهِ ، أَوْ زَوْجِ سَيِّدَتِهِ ، أَوْ زَوْجَتِهِ ، أَوْ مُكَاتَبِهِ ، أَوْ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، أَوْ مِنَ الْغَنِيمَةِ ، أَوْ مِن مالٍ لَهُ فِيه شَرِكَةٌ .

وَتُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ وَتُحْسَمُ ،

على السارق نصا ؛ فلو أوجبناه عليه كان إلحاقا له به فيكون إيجاب الحدود بالقياس فلا يجوز ، ولأنه ليس ملكا للميت لانقطاع ملكه عنه بالموت ، ولا ملكا للورثة لعدم جواز تصرّفهم فيه ، فلم يكن له مالك معين فلا يقطع كمال بيت المال ، وما رواه محمول على السياسة . وقيل هو موقوف وليس بمرفوع . قال (ولا من سرق ذى رحم محرم ، أو من سيده ، أو من امرأة سيده ، أو زوج سيدته ، أو زوجته ، أو مكاتبه ، أو من بيت المال ، أو من الغنيمة ، أو من مال له فيه شركة) لوقوع الخلل فى الحرز لوجود الإذن فى الدخول فى البعض وبسوطة فى البعض فى مال الآخر ، ولأن له حقا فى أكساب المكاتب وله نصيب فى بيت المال والمغنم ، وهو مروىّ عن علىّ رضى الله عنه ، وكذا إذا سرق المكاتب من مولاه لايقطع ، ولايقطع بالسرقة من غريمه مثل ماله عليه لأنه استوفى حقه ، والحالّ والمؤجل سواء ، لأن الحقّ ثابت والتأجيل لتأخير المطالبة ، وكذا لو سرق أكثر من حقه لأنه يصير شريكا بمقدار حقه ، وكذا إذا أخذ أجود من دراهمه أو أردأ ، لأن الجنس متحد ؛ ويقطع بسرقة خلاف جنس ما عليه ، لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعا إلا إذا قال : أخذته رهنا بحقى أو قضاء به فلا يقطع لأنه مختلف فيه فقد ظنّ فى موضعه . قوم سرقوا وفيهم صبىّ أو مجنون لاقطع عليهم وإن تولى ذلك الكبير لأنه فعل واحد لم يوجب القطع على البعض فلا يجب على الباقين للشبهة ، وكذا شريك ذى الرحم المحرم . وقال أبو يوسف : ادرإ الحدّ عن الصبىّ والمحرم ، واقطع الآخر اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد ، إذ فعل كل واحد منهما معتبر بانفراده ، وشريك الأخرس كشريك الصبىّ فى الخلاف لأنه لاحدّ على الأخرس لاحتمال أنه لو نطق ادّعى شبهة الشركة ونحوها . قال أبو حنيفة : لايقطع الأعمى إذا سرق لجهله بمال غيره وحرز غيره .

فصـــل

(وتقطع يمين السارق من الزند وتحسم) أما القطع فللقراءة المشهورة ، وأما اليمين فلقراءة ابن مسعود وعليه الإجماع . وأما من الزند لأن الآية مجملة ، فان اليد تتناول إلى الإبط وتتناول إلى الزند وإلى المرفق ، وقد وردت السنة مفسرة لها بما ذكرنا ، فان النبىّ عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الزند . وأما الحسم فلقوله عليه الصلاة والسلام

فإنْ عادَ قُطِعَتْ رِجْلُهُ اليُسْرَى ، فإنْ عادَ لَمْ يُقْطَعْ ويُحْبَسُ حَتّى يَتُوبَ . فإنْ كانَ أقْطَعَ اليَدِ اليُسْرَى أوْ أشَلَّها أوْ إبْهَامِها أوْ أصْبُعَيْنِ سِوَاها ، وفِي رِوَايَةٍ ثَلاثِ أصَابِعَ أوْ أقْطَعَ الرِّجْلِ اليُمْنَى أوْ أشَلَّها أوْ بِهَا عَرَجٌ يَمْنَعُ المَشْيَ عَلَيْها لَمْ تُقْطَعْ يَدُهُ اليُمْنَى وَلا رِجْلُهُ اليُسْرَى .

« فاقطعوه واحسموه » ولأنه إذا لم تحسم يؤدّى إلى التلف ، لأن الدم لاينقطع إلا به ، والحدّ زاجر غير متلف ، ولهذا لايقطع فى الحرّ الشديد والبرد الشديد (فإن عاد قطعت رجله اليسرى ، فان عاد لم يقطع ويحبس حتى يتوب) والأصل أن حدّ السرقة شرع زاجرا لامتلفا ، لأن الحدود شرعت للزجر عن ارتكاب الكبائر لامتلفة للنفوس المحترمة ، فكلّ حد يتضمن إتلاف النفس من كلّ وجه أومن وجه لم يشرع حدّا ، وكلّ قطع يؤدّى إلى إتلاف جنس المنفعة كان إتلافا للنفس من وجه فلا يشرع ، وقطع اليد اليسرى والرجل اليمنى يؤدّى إلى إتلاف جنس منفعة البطش والمشى فلا يشرع حدّا ، وإليه الإشارة بقول علىّ رضى الله عنه : إنى لأستحى من الله أن لاأدع له يدا يأكل بها ويستنجى بها ورجلا يمشى عليها ، وبهذا حاجّ بقية الصحابة فحجهم فانعقد إجماعا . وعن عمر رضى الله عنه أنه أتى برجل أقطع اليد والرجل وقد سرق يقال له « سدوم » فأراد أن يقطعه ، فقال له علىّ رضى الله عنه : إنما عليه قطع يد ورجل ، فحبسه عمر رضى الله عنه ولم يقطعه ، ففتوى علىّ ورجوع عمر رضى الله عنهما إليه من غير نكير ولا مخالفة من غيرهما دليل على إجماعهم عليه ، أو أنه كان شريعة عرفوها من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهذا بخلاف القصاص لأنه حقّ العبد فيستوفى جبرا لحقه . وما روى من الحديث فى قطع أربعة السارق طعن فيه الطحاوى ، أو نقول : لو صحّ لاحتجّ به الصحابة على علىّ رضى الله عنه ولرجع إليهم ، وحيث حجهم ورجعوا إلى قوله دلّ على عدم صحته ، فان كانت يده اليمنى ذاهبة أو مقطوعة تقطع رجله اليسرى من المفصل ، وإن كانت رجله اليسرى مقطوعة فلا قطع عليه لما فيه من الاستهلاك على ما بينا ، ويضمن السرقة ويحبس حتى يتوب . قال (فان كان أقطع اليد اليسرى أو أشلها أو إبهامها أو أصبعين سواها ، و فى رواية ثلاث أصابع أو أقطع الرجل اليمنى أو أشلها أو بها عرج يمنع المشى عليها لم تقطع يده اليمنى ولا رجله اليسرى) وجملته أنه متى كان بحال لو قطعت يده اليمنى لاينتفع بيده اليسرى ، أو لاينتفع برجله اليمنى لآفة كانت قبل القطع لايقطع ، لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشا أو مشيا وقوام اليد بالإبهام ، فعدمها أو شللها كشلل جميع اليد ، ولو كانت أصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع ، لأن فوات الواحدة لايوجب نقصا ظاهرا فى البطش ، بخلاف الأصبعين لأنهما كالإبهام فى البطش ، ولو كانت اليد اليمنى شلاء

وَإِنِ اشْتَرَى السَّارِقُ الْمَسْرُوقَ أَوْ وُهِبَ لَهُ أَوِ ادَّعاهُ لَمْ يُقْطَعْ ، وَإِذَا قُطِعَ وَالعَيْنُ قائِمَةٌ فِي يَدِهِ رَدَّها ، وَإِنْ كانَتْ هالِكَةً لَمْ يَضْمَنْها ؛ وَمَنْ قُطِعَ فِي سَرِقَةٍ ثُمَّ سَرَقَها وَهِيَ بِحالِها لَمْ يُقْطَعْ .

أو ناقصة الأصابع يقطع فى ظاهر الرواية ، لأن المستحق بالنص قطع يده اليمنى دون اليسرى واستيفاء الناقص عند تعذر استيفاء الكامل جائز . وعن أبى يوسف : لايقطع لأن مطلق الاسم يتناول الكامل ذكره فى اختلاف زفر ويعقوب ، ولو كانت رجله اليمنى مقطوعة الأصابع ، فان كان يستطيع المشى عليها قطعت يده اليمنى ، وإلا فلا لما بينا ؛ فان سرق فى الثالثة بعد ما قطعت يده ورجله حبس وضرب ، لأن القطع لما سقط لم يبق إلا الزجر بالحبس والضرب لحديث عمر رضى الله عنه . قال (وإن اشترى السارق المسروق أو وهب له أو ادعاه لم يقطع) وقال زفر : إن كان بعد القضاء بالقطع قطع ، وهو رواية عن أبى يوسف لأن السرقة قد تمت انعقادا وظهورا ،وبالشراء والهبة لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلم تثبت الشبهة . ولنا أن الإمضاء فى الحدود من باب القضاء للاستغناء عن القضاء بالاستيفاء ، لأن القضاء للظهور وهو حق الله تعالى وهو ظاهر عنده ، وإذا ثبت ذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء فصار كما إذا ملكها قبل القضاء ، ولأن الشبهة دارئة وأنها تتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال صدقه . قال (وإذا قطع والعين قائمة فى يده ردها) لأنها ملكه ، قال عليه الصلاة والسلام « من وجد عين ماله فهو أحق به » والنبى عليه الصلاة والسلام قطع سارق رداء صفوان ورد الرداء على صفوان ، وكذلك إن كان ملكها غيره بأى طريق كان وهى قائمة بعينها لما قلنا (وإن كانت هالكة لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاغرم على السارق بعد ما قطعت يمينه » وفى رواية ابن عوف عنه عليه الصلاة والسلام « إذا قطع السارق فلا غرم عليه » ولأنه لو ضمنها لملكها من وقت الأخذ على ما عرف فى الغصب فيكون القطع واقعا على أخذ ملكه ولا يجوز . وروى ابن سماعة عن محمد إنى آمره برد قيمة ما استهلكه ، وإن كنت لاأقضى عليه بذلك لأن القضاء يؤدى إلى إيجاب ما ينافى القطع لكن يفتى بالرد لأنه أتلف مالا محظورا بغير حق ، وكذلك قطاع الطريق ، فان سقط القطع لشبهة ضمن ؛ لأن أخذ مال الغير موجب للضمان وإنما سقط بالقطع على ما بينا ، فاذا سقط القطع عاد الضمان بحاله . قال (ومن قطع فى سرقة ثم سرقها وهى بحالها لم يقطع) والقياس أن يقطع وهو رواية الحسن عن أبى يوسف لأنه إذا ردها صارت كعين أخرى فى حق الضمان ، فكذا فى حق القطع ؛ وجه الاستحسان أنها صارت غير متقومة فى حقه ، ألا ترى أنه لو استهلكها لاضمان عليه ، وما ليس بمتقوم فى حقه لاقطع عليه فى سرقته وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة فشبهة السقوط

وَإِنْ تَغَيَّرَ حالُها كَمَا إِذَا كانَ غَزْلاً فَنُسِجَ قُطِعَ .

باقية نظرا إلى اتحاد الملك والمحل . قال (وإن تغير حالها كما إذا كان غزلا فنسج قطع) لتبدل العين اسما وصورة ومعنى حتى يملكه الغاصب به ، وإذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فيقطع ؛ ولو سرق عينا فقطع فيها ، ثم إن المسروق منه باعها من آخر ثم اشتراها ثم عاد وسرقها ، قال مشايخ العراق لايقطع لأن العين قائمة حقيقة لكن تبدل سبب الملك فيها فكان شبهة سقوط العصمة قائمة . وقال مشايخ خراسان : يقطع لأن العصمة سقطت فى حق الأول ضرورة وجوب القطع ، وهذه الضرورة انعدمت فى حق المشترى ، فقد وجد دليل العصمة وفقد دليل سقوطها فبقيت معصومة ، فاذا عادت إلى البائع عادت معصومة متقوّمة كما كانت ؛ وكذلك لو سرق قطنا فقطع فيه ثم غزل فسرقه قطع لما بينا ؛ ولو سرق ثوب خز أو صوف فقطع فيه ثم نقض الثوب فسرقه ثانيا لم يقطع ، لأن العين والملك لم يتبدل ، وحضور المالك أومن يقوم مقامه شرط لصحة القضاء بالسرقة ، لأن القضاء بالسرقة قضاء بالملك له؛ولو غاب بعد القضاء قبل الاستيفاء لايقطع لأن للاستيفاء شبها بالقضاء ولهذا رجوع الشهود وجرحهم بعد القضاء يمنع الاستيفاء ، وغيبة الشهود وموتهم بعد القضاء لايمنع الإمضاء فى الحقوق كلها ، لأن الحدود لاتدرأ بشبهة تتوهم مثل رجوع الشهود وجرحهم ، لأن هذا التوهم لاينقطع ، فلو اعتبر لم يقم حدّ أبدا ، ولو فسقوا أو عموا أوجنوا أو ارتدوا بعد القضاء يمنع الإمضاء فى الحدود والقصاص دون الأموال ، لأن القضاء إنما يظهر ولاية الاستيفاء للقاضى ، لأن الحق ظاهر لصاحبه وهو الله تعالى ، والحاجة إلى القضاء لظهور ولاية الاستيفاء ، فكان الاستيفاء قضاء معنى ، فكانت هذه العوارض حادثة قبل القضاء معنى بخلاف الأموال ، لأن الحق إذا ظهر بالقضاء فولاية الاستيفاء ثبتت لصاحب الحقّ بالملك السابق لابالقضاء ؛ ولو سرقت من أجنبى أو سرق من أجنبية ثم تزوّجا سقط القطع ، لأن اعتراض الزوجية بعد القضاء يمنع الاستيفاء فيمنع القضاء أولى ، ويقطع السارق بخصومة المودع والمستعير والغاصب والمضارب والمستأجر والمرتهن والأب والوصى .

اعلم أن اليد ضربان : صحيحة ، وغير صحيحة . فالسرقة من اليد الصحيحة يتعلق بها القطع ، يد مالك كانت أو غير مالك ، ومن غير الصحيحة لايتعلق بها القطع ؛ واليد الصحيحة يد ملك ويد أمانة ويد ضمان ؛ والتى ليست بصحيحة يد السارق ، أما السرقة من يد المالك فلما مرّ ، وأما من يد الأمانة فانها كيد المالك ، لأن يد المودع يد مودعة ويد الضمان يد صحيحة كالمرتهن والقابض على سوم الشراء والغاصب لأن لهم ولاية الأخذ والأخذ دفعا للضمان عنهم فأشبهت يد المالك ، ويقطع بخصومة المالك أيضا إذا سرق من

. . . .

هؤلاء إلا الراهن . لأنه لاحقّ له فى قبض العين مع قيام الرهن ، فاذا قضى الدين بطل الرهن فكان له ولاية الخصومة فيقطع بخصومته أيضا . وقال زفر: لايقطع إلا بخصومة المالك والأب والوصىّ ، لأن ولاية الخصومة للباقين إنما تثبت ضرورة الحفظ فلا تظهر فى حق القطع . ولنا أن السرقة تثبت لحجة شرعية عقيب خصومة معتبرة لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفى القطع كالسرقة من المالك فلا تعتبرُ شبهة موهومة الاعتراض ، واليد التى ليست يد السارق فلا قطع على من سرق منه لأنها ليست يد ملك ولا أمانة ولا ضمان فصار كأنه أخذه من الطريق أوأخذ المال الضائع ، ولا يقطع بخصومة المالك أيضا ، لأن السارق الثانى لم يزل عن المالك يدا صحيحة فصار كأخذه من الطريق . وكلّ ما يحدثه السارق فى العين المسروقة على وجهين ، إما أن يكون نقصا أو زيادة ، فان كان نقصا قطع ولا ضمان عليه وردّت العين ، لأن نقصان العين ليس بأكثر من هلاكها ؛ وإن كانت زيادة فاما أن يسقط حقّ المالك عن العين كقطع الثوب وخياطته قباء أو جبة أو نحو ذلك قطع السارق ولا سبيل للمالك على العين ولا ضمان ، لأن العين زالت عن ملك المسروق منه فتعذّر الضمان بالقطع فصار كالاستهلاك ، وإن كانت الزيادة لاتقطع حقّ المسروق منه كالصبغ ، قال أبو حنيفة : يقطع السارق ولا سبيل للمسروق منه على العين ، وقالا : يأخذه ويعطى مازاد على الصبغ فيه ، لأن المالك مخير بين تضمين الثوب وبين أخذه وضمان الزيادة ، وقد تعذّر التضمين بالقطع فتعين أخذه ، وضمان الزيادة لأن المخير بين الشيئين إذا تعذّر أحدهما تعين الآخر . ولأبى حنيفة أنه لايجوز تضمين الثوب بعد القطع لما مرّ ولو ردّ الثوب يصير السارق شريكا فيه بسبب متقدّم على القطع ، وسرقة العين المشترك تسقط القطع ابتداء ، فاذا وجد القطع لم يجز إثبات ماينافيه ، وليس كذلك إذا صبغه بعد القطع لأن الشركة بعد القطع لاتسقط القطع كما لوباع المالك بعض الثوب من السارق : ولوسرق ذهبا أو فضة فضربه دراهم أو دنانير قطع وردّ الدراهم والدنانير عند أبى حنيفة . وقالا : لاسبيل للمسروق منه عليها ، وهذه صنعة متقوّمة عندهما خلافا له ، وقد عرف فى الغصب ، وفى الحديد والرصاص والصفر إن جعله أوانى ، فان كان يباع عددا فهو للسارق بالإجماع ، وإن كان يباع وزنا فهو على اختلافهم فى الذهب والفضة وبهذا الأصل يعرف جميع مسائل ما يحدثه السارق فى المسروق لمن يتأمله .

فصــــل

إِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ لِقَطْعِ الطَّرِيقِ أَوْ وَاحِدٌ فَأُخِذُوا قَبْلَ ذَلِكَ حَبَسَهُمُ الإِمَامُ حَتَّى يَتُوبُوا ؛ وَإِنْ أَخَذُوا مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ وَأَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ نِصَابُ السَّرِقَةِ قَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ ؛ وَإِنْ قَتَلُوا وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالاً قَتَلَهُمْ وَلَا يَلْتَفِتُ إِلَى عَفْوِ الأَوْلِيَاءِ ؛ وَإِنْ قَتَلُوا وَأَخَذُوا المَالَ قَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ وَقَتَلَهُمْ وَصَلَبَهُمْ ، أَوْ قَتَلَهُمْ ، أَوْ صَلَبَهُمْ .

فصــــل

(إذا خرج جماعة لقطع الطريق أو واحد فأخذوا قبل ذلك حبسهم الإمام حتى يتوبوا ، وإن أخذوا مال مسلم أو ذمىّ وأصاب كلّ واحد منهم نصاب السرقة قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم ولا يلتفت إلى عفو الأولياء) لأنه إنما يقتلهم حدّا حقا لله تعالى ، ولا يصحّ العفو عن حقوق الله تعالى (وإن قتلوا وأخذوا المال قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم ، أو قتلهم) يعنى من غير قطع (أو صلبهم) من غير قطع . والأصل فى ذلك قوله تعالى ـ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ـ قيل معناه : الذين يحاربون أولياء الله وأولياء رسوله لاستحالة محاربة الله تعالى بطريق حذف المضاف . وقيل المراد أنهم فى حكم المحاربين لأنهم لما امتنعوا على نائب الله الإمام وجماعة المسلمين وتظاهروا بمخالفة أوامر الله تعالى كانوا فى حكم المحاربين ، وهذا توسع فى الكلام ومجاز كقوله تعالى ـ ومن يشاقّ الله ـ والمحاربون المذكورن فى الآية هم القوم يجتمعون لهم منعة بأنفسهم يحمى بعضهم بعضا ، ويتناصرون على ما قصدوا إليه ويتعاضدون عليه ، وسواء كان امتناعهم بحديد أو خشب أو حجارة ، ويكون قطعهم على المسافرين فى دار الإسلام من المسلمين وأهل الذمة دون غيرهم ، هذا عند أبى حنيفة وأصحابه . قال أصحابنا : الآية مرتبة على ما ذكرنا من الأحوال الأربعة ، وروى ذلك عن علىّ و ابن عباس والنخعى وابن جبير رضى الله عنهم ، ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال ، فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها ، فاذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا ولم يأخذوا مالا حبسوا ، وهو المراد من النفى من الأرض . وقيل هو أن الإمام لايزال يطلبهم حتى يخرجوا من دار الإسلام ، وإن أخذوا مالا على الوصف المذكور قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف

وَيُطْعَنُ تَحْتَ ثَنْدُوَتِهِ اليُسْرَى حَتَّى يَمُوتَ ، وَلَا يُصْلَبُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ . وَإِنْ بَاشَرَ القَتْلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ أُجْرِيَ الحَدُّ عَلَى الكُلِّ ،

يعنى اليد اليمنى والرجل اليسرى ، ويشترط أن يكون المال معصوما عصمة مؤبدة ، فلهذا قال مال مسلم أو ذمى ، حتى لوقطع على مستأمن لايقطع ، لأن خطره مؤقت فلا يجب فيه حد كالسرقة الصغرى ، ولا بد أن يصيب كل واحد نصاب لما مر فى السرقة ، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم حدا على ما بينا ، وإن قتلوا وأخذوا المال فالإمام فيهم بالخيار على الوجه الذى بينا ، وهذا لأن أخذ المال موجب للقطع فى السرقة الصغرى ، وتغلظت الكبرى بقطع الطريق والقتل موجب للقتل فى غير قطع الطريق ، ويغلظ هنا بأن يقتل ولا يلتفت إلى عفو الولى وصلحه ، وهو معنى قولنا يقتلهم حدا ، فاذا جمع بين القتل والسرقة يجمع عليه بين مُوجبهما ، وهكذا نزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم ، وتكون « أو » فى الآية بمعنى الواو . وقال أبو يوسف : لايترك الصلب لأنه منصوص عليه كالقتل والقطع ، ولأنه أبلغ فى التشهير وهو المقصود ليعتبر به ، والجواب أن التشهير حصل بالقتل والصلب مبالغة فيخير فيه . وقال محمد : يقتل أو يصلب ولا يقطع ، لأن النفس وما دونها إذا اجتمعا لحق الله تعالى دخل ما دون النفس فى النفس كالمحصن إذا زنا وسرق . قلنا هذا حد واحد وجب لمعنى واحد ، وهو إخافة الطريق على وجه الكمال بالقتل وأخذ المال ، والحد الواحد لايدخل بعضه بعضا ، ألا ترى أن قطع اليد والرجل حد واحد فى أخذ المال فى الكبرى حدان فى الصغرى ، والتداخل فى الحدود لا فى حد واحد . واختلفوا فى صلبه . قال الطحاوى : يقتل ثم يصلب . وقال الكرخى : يصلب حيا (ويطعن تحت ثندوته (١) اليسرى حتى يموت) لأنه أبلغ فى زجر غيره . قال (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام) ثم يخلى بينه وبين أهله ليدفنوه لأنه يتغير بعد ذلك فيستضر الناس برائحته ، ولأن المقصود يحصل بذلك وهو الزجر والاشتهار . وعن أبى يوسف يترك على الخشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره ، والحكم فى قطع اليد والرجل ما بيناه فى الصغرى من شلل أيديهم وذهاب بعض الأعضاء لما ذكرنا . قال (وإن باشر القتل واحد منهم أجرى الحد على الكل) لأن المحاربة تتحقق بالكل ، لأنهم إنما أقدموا على ذلك اعتمادا عليهم حتى لو غلبوا أو هزموا انحازوا إليهم فكانوا عونا لهم ، ولهذا المعنى كان الردء فى الغنيمة كالمقاتل ، ولأن الردء ساع فى الأرض فسادا ، لأنه إنما وقف ليقتل إذا قتل

---

(١) قال فى مختار الصحاح : الثندوة بفتح الثاء غير مهموز بوزن الترقوة ، وهى مغرز الثدى .

وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ المَقْطُوعِ عَلَيْهِمْ صَارَ القَتْلُ لِلأَوْلِيَاءِ .

فيقتل كأهل البغي . قال (وإن كان فيهم صبيّ أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليهم صار القتل للأولياء) معناه : أنه سقط الحدّ ، فلوعفا الولىّ أو صالح سقط القصاص ، وهذا لأن الجناية واحدة قامت بالكلّ ، فاذا لم يكن فعل بعضهم موجبا صار فعل الباقين بعض العلة فلا يترتب عليه الحكم . أما الصبىّ والمجنون فلما مرّ فى السرقة . وأما ذو الرحم المحرم فلأن القافلة كالحرز ، فقد حصل الخلل فى الحرز فى حقهم فيسقط الحدّ فيصير القتل إلى الأولياء ، ولهذا لو قطع بعض القافلة على البعض لايجب الحدّ لأن الحرز واحد فصارت كدار واحدة ، ولو كان فى المقطوع عليهم مستأمن قطعوا ، لأن الامتناع فى حقه لخلل فى العصمة وذلك يخصه ، وخلل الحرز يعمّ الكلّ ، ثم شرائط قطع الطريق فى ظاهر الرواية أن يكون قوم لهم منعة على ما تقدّم ينقطع بهم الطريق ، ولا يكون فى مصر ولا بين قريتين ولا بين مدينتين ، ويكون بينهم وبين المصر مسيرة السفر ، لأن قطع الطريق بانقطاع المارّة والسابلة ، ولا يمتنعون عن المشى فى هذه المواضع فيلحقهم الغوث ساعة بعد ساعة من المسلمين أو من جهة الإمام . وروى عن أبى يوسف : لو كان فى المصر ليلا ، أو بينهم وبين المصر أقلّ من مسيرة سفر فهم قطاع الطريق وعليه الفتوى نظرا لمصلحة الناس بدفع شرّ المتغلبة المفسدين ، وأبو حنيفة أجاب على ما شاهد فى زمانه ، فان أهل الأمصار كانوا يحملون السلاح فلا يتمكن قاطع الطريق من مغالبتهم ؛ فأما إذا تركوا هذه العادة وأمكن أن يتغلب عليهم قطاع الطريق أجرى عليهم الحدّ ، ولهذا قال : لايثبت قطع الطريق بين الحيرة والكوفة ، لأن الغوث فى زمانه كان يلحق ذلك الموضع لاتصال المصرين ، أما الآن فهى برّية يجرى فيها قطع الطريق ويستوى فيه الامتناع بالخشب والسلاح ، لأن المعنى يوجد بهما ، ولا بدّ أن يكون فى دار الإسلام لأن الحدّ إذا وجد سببه فى دار الحرب لايستوفى فى دار الإسلام لما مرّ فى الحدود ؛ وإذا تاب قطاع الطريق قبل أن يؤخذوا سقط عنهم الحدّ وبقى حقّ العباد فى المال والقصاص ، لقوله تعالى ـ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ـ فيقتضى خروجه عن الجملة عملا بالاستثناء ، وفى السرقة إذا تاب ولم يردّ المال يقطع لأن قوله تعالى ـ فمن تاب من بعد ظلمه ـ ليس استثناء ، فلا يقتضى خروج التائب من الجملة السابقة ؛ وهو كلام مبتدأ يستغنى عن غيره فيحمل على الابتداء لأنه أولى ، أما الاستثناء يفتقر فى صحته إلى ما قبله فافترقا .

كتاب السير

الجِهادُ فَرْضُ عَيْنٍ عِنْدَ النَّفِيرِ العامّ وَكِفايَةٍ عِنْدَ عَدَمِهِ ،

كتاب السير

وهى جمع سيرة ، وهى الطريقة خيرا كانت أو شرّا ، ومنه سيرة العمرين : أى طريقتهما ؛ ويقال : فلان محمود السيرة ، وفلان مذموم السيرة : يعنى الطريقة ، وسمى هذا الكتاب بذلك لأنه يجمع سير النبىّ عليه الصلاة والسلام ، وطريقته فى مغازيه ، وسيرة أصحابه وما نقل عنهم فى ذلك ؛ والجهاد فريضة محكمة يكفر جاحدها ، ثبتت فرضيته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة . أما الكتاب فقوله تعالى ـ قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ـ إلى غيرها من الآيات فى الأمر بقتال الكفار . والسنة قوله عليه الصلاة والسلام « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لاإله إلا الله » وقال عليه الصلاة والسلام « الجهاد ماض : أى فرض منذ بعثنى الله تعالى إلى يوم القيامة ، حتى يقاتل عصابة من أمتى الدجال » وعليه إجماع الأمة . « وكان رسول الله عليه الصلاة والسلام إذا بعث جيشا أو سرية أوصى صاحبهم · أى أميرهم بتقوى الله تعالى وقال : اغزوا باسم الله فى سبيل الله ، قاتلوا من كفر بالله ، ولا تغلوا ، ولا تغدروا ، ولا تمثلوا ، ولا تقتلوا وليدا ، وإذا لقيتم عدوّكم من المشركين فادعوهم إلى ثلاث خصال إلى الإسلام ، فان أسلموا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم ، وإن أبوا فادعوهم إلى إعطاء الجزية ، فان أبوا فانبذوا إليهم : أى أعلموهم بالقتال ، وإذا حاصرتم حصنا أو مدينة فأرادوكم أن تنزلوهم على حكم الله تعالى فلا تنزلوهم ، فانكم لاتدرون ما حكم الله فيهم ، ولكن أنزلوهم على حكمكم ، ثم اقضوا فيهم ما رأيتم ، وإذا أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم ذلك ؛ ولكن أعطوهم ذمتكم وذمة آبائكم ، فانكم إن تخفروا ذمتكم وذمة آبائكم أهون من ذمة الله وذمة رسوله » وإخفار (١) الذمة : نقضها .

قال (الجهاد فرض عين عند النفير العامّ وكفاية عند عدمه) أما الأوّل فلقوله تعالى ـ انفروا خفافا وثقالا ـ الآية ؛ والنفير العام : أن يحتاج إلى جميع المسلمين فلا يحصل المقصود وهو إعزاز الدين وقهر المشركين إلا بالجميع ، فيصير عليهم فرض عين كالصلاة ، وإذا لم يكن كذلك فهو فرض كفاية ؛ إذا قام به البعض سقط عن الباقين كردّ السلام

(١) قال فى الصحاح : أخفره بفتح الهمزة وسكون الخاء وفتح الفاء والراء : نقض عهده وغدر .

وَقِتالُ الكُفَّارِ وَاجِبٌ عَلى كُلِّ رَجُلٍ عاقِلٍ صَحِيحٍ حُرٍّ قادِرٍ ، وَإِذَا هَجَمَ العَدُوُّ وَجَبَ عَلى جَمِيعِ النَّاسِ الدَّفْعُ تَخْرُجُ المَرأةُ وَالعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ وَالسَّيِّدِ ، وَلا بأسَ بالجُعْلِ إِذَا كانَ بِالمُسْلِمِينَ حاجَةٌ ؛ وَإِذَا حاصَرَ المُسْلِمُونَ أَهْلَ الحَرْبِ فى مَدِينَةٍ أَوْ حِصْنٍ دَعَوْهُمْ إلى الإِسْلامِ ، فانْ أَسْلَمُوا كَفُّوا عَنْ قِتالِهِمْ ، وَإِنْ لَمْ يُسْلِمُوا دَعاهُمْ إلى أَداءِ الجِزْيَةِ إِنْ كانُوا مِنْ أَهْلِها وَبَيَّنُوا لَهُمْ كَمِّيَّتَها وَمَتى تَجِبُ ،

ونحوه ، لأن المراد والمقصود منه دفع شرّ الكفر وكسر شوكتهم ، وإطفاء ثائرتهم ، وإعلاء كلمة الإسلام ، فاذا حصل المقصود بالبعض فلا حاجة إلى غيرهم ، والنبىّ عليه الصلاة والسلام كان يخرج إلى الجهاد ولا يخرج جميع أهل المدينة ، ولأنه أمر بالمعروف ونهى عن المنكر فيكون على الكفاية ، ولأنه لو وجب على جميع الناس تعطلت مصالح المسلمين من الزراعات والصنائع ، وانقطعت مادّة الجهاد من الكراع والسلاح فلا يقدر المجاهدون على الإقامة على الجهاد فيؤدّى إلى تعطيله ، فان لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه كسائر فروض الكفاية . قال (وقتال الكفار واجب على كلّ رجل عاقل صحيح حرّ قادر) لأن المرأة والعبد مشغولان بخدمة السيد والزوج ، وحقّ العبد مقدّم ، والصبىّ والمجنون غير داخلين فى الخطاب ، وأما غير القادر فلأن تكليف العاجز قبيح كالمريض والأعمى والمقعد ونحوهم ، وفيه نزل قوله تعالى - ليس على الأعمى حرج - الآية التى فى سورة الفتح قال (وإذا هجم العدوّ وجب على جميع الناس الدفع ، تخرج المرأة والعبد بغير إذن الزوج والسيد) لأنه يصير فرض عين ، وحقّ الزوج والسيد لايظهر فى مقابلة فرض الأعيان كالصلاة والصوم . قال (ولا بأس بالجعل إذا كان بالمسلمين حاجة) لأنه دفع الضرر الأعلى باحتمال الأدنى ، والحاجة أن لايكون فى بيت مال المسلمين شىء ويحتاج المسلمون إلى الميرة وموادّ الجهاد ولا شىء لهم ؛ وقد صحّ أن النبىّ عليه الصلاة والسلام أخذ دروعا من صفوان ، وكان عمر رضى الله عنه يغزى الأعزب عن ذى الحليلة ، ويعطى الشاخص فرس القاعد . قال (وإذا حاصر المسلمون أهل الحرب فى مدينة أو حصن دعوهم إلى الإسلام) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام ما قاتل قوما حتى دعاهم إلى الإسلام ، ولما تقدّم من الحديث ، ولأنهم ربما أسلموا فيحصل المقصود بأهون الشرّين (فان أسلموا كفوا عن قتالهم) لقوله عليه الصلاة والسلام « أمرت أن أقاتل الناس » الحديث ، ولما سبق من الحديث ، ولأن المقصود إسلامهم وقد حصل . قال (فان لم يسلموا دعاهم إلى أداء الجزية) لما سبق من الحديث (إن كانوا من أهلها وبينوا لهم كميتها ، ومتى تجب) على ما يعرف فى بابه ، أما إذا لم يكونوا من أهلها لايدعوهم ، لأنه لافائدة فيه ، إذ لايقبل

فانْ قَبِلُوها فَلَهُمْ مالَنا وعَلَيْهِمْ ما عَلَيْنا ، ويَجِبُ أنْ يَدْعُو مَنْ لَمْ تَبْلُغْهُ الدَّعْوَةُ ، ويُسْتَحَبُّ ذلكَ لِمَنْ بَلَغَتْهُ ، فانْ أبَوُا اسْتَعانُوا باللهِ تَعالى عَلَيْهِمْ وحارَبُوهُمْ ، ونَصَبُوا عَلَيْهِمُ المَجانيقَ ، وأفْسَدُوا زُرُوعَهُمْ وأشْجارَهُمْ وحَرَّقُوهُمْ ورَمَوْهُمْ ، وإنْ تَتَرَّسُوا بالمُسْلِمينَ ، ويَقْصِدُونَ بهِ الكُفَّارَ ؛

منهم إلا الإسلام أو السيف ويعرّفهم قدرها لتنقطع المنازعة بعد ذلك ، ولأن القتال ينتهى بالجزية ، قال تعالى ـ حتى يعطوا الجزية عن يد ـ أى حتى يقبلوها . قال (فان قبلوها فلهم مالنا وعليهم ما علينا) قال عليه الصلاة والسلام « فإذا قبلوها فأعلمهم أن لهم ماللمسلمين وعليهم ما على المسلمين » . وقال علىّ رضى الله عنه : إنما بذلوا الجزية لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا . والمراد بالبذل القبول إجماعا . قال (ويجب أن يدعو لم تبلغه الدعوة) لما تقدم وليعلموا ما يقاتلهم عليه فربما أجابوا فنكفى مؤنة القتال ، فان قاتلهم بغير دعوة قيل يجوز ، لأن الدعوة إلى الإسلام قد انتشرت فى دار الحرب فقام الشيوع مقام البلوغ ، وقيل لايجوز وهو آثم للنهى أو لمخالفة الأمر على ما مرّ ، ولأن الشيوع فى بعض البلاد لايعتبر شيوعا فى الكلّ . قال (ويستحبّ ذلك لمن بلغته) الدعوة أيضا مبالغة فى الإنذار وهو غير واجب ، لأنه عليه الصلاة والسلام أغار على بنى المصطلق وهم غازون . وعن أسامة بن زيد « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام عهد إليه أن يغير على بنى الأصفر صباحا ثم يحرق نخلهم » والغارة لاتكون عن دعوة . قال (فان أبوا) يعنى عن الإسلام والجزية (استعانوا بالله تعالى عليهم وحاربوهم) لما بينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « فان أبوا فاستعن بالله تعالى عليهم وقاتلهم » ولأنه أعذر إليهم فأقاموا على عداوتهم فوجبت مناجزتهم ، وأن يستعان بالله تعالى عليهم ، لأنه الناصر لأوليائه المذلّ لأعدائه فيستعان به . قال (ونصبوا عليهم المجانيق ، وأفسدوا زروعهم وأشجارهم ، وحرّقوهم ورموهم ، وإن تترّسوا بالمسلمين ويقصدون به الكفار) لأن فى ذلك غيظا وكبتا للكفار وهو المقصود ، وقد صحّ أنه عليه الصلاة والسلام حاصر أهل الطائف فرماهم بالمنجنيق وكان فيهم المسلمون ، ولأن بلادهم لاتخلو عن المسلمين الأسرى والتجار والأطفال ؛ فلو امتنع القتال باعتبار ذلك لامتنع أصلا ، ولا يقصدون بالرمى المسلمين تحرّزا عن قتلهم بقدر الإمكان « ولما مرّ صلى الله عليه وسلم يريد الطائف بدا له قصر عمر بن مالك النصرى فأمر بتحريقه ، فلما انتهى إلى الكروم أمر بقطعها » . قال الزهرى : وقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بنى النضير وحرق البيوت ؛ ولما تحصن بنو النضير من رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقطع نخلهم وتحريقه ، فقالوا : يا أبا القاسم ما كنت ترضى بالفساد ، فأنزل الله تعالى ـ ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فباذن الله

وَيَنْبَغِي لِلْمُسْلِمِينَ أَنْ لايَغْدُرُوا ، وَلا يَغُلُّوا ، وَلا يُمَثِّلُوا ، وَلا يَقْتُلُوا مَجْنُونا ، وَلا امْرَأَةً ، وَلا صَبِيًّا ، وَلا أَعْمَى ، وَلا مُقْعَدًا ، وَلا مَقْطُوعَ الْيَمِينِ ، وَلا شَيْخا فانيا ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ أَحَدُ هَؤُلاءِ مَلِكا ، أَوْ مِمَّنْ يَقْدِرُ عَلَى الْقِتالِ أَوْ يُحَرِّضَ عَلَيْهِ ، أَوْ لَهُ رأيٌ فى الْحَرْبِ ، أَوْ مالٌ يَحُثُّ بِهِ أَوْ يَكُونَ الشَّيْخُ مِمَّنْ يَحْتالُ .

وَإِذَا كانَ لِلْمُسْلِمِينَ قُوَّةٌ لايَنْبَغِي لَهُمْ مُوَادَعَةُ أَهْلِ الْحَرْبِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ قُوَّةٌ فَلا بأسَ بِهِ ،

وليخزى الفاسقين ـ فبين أنه لم يكن فسادا ، وقد قال تعالى ـ ولا يطئون موطئا يغيظ الكفار ولا ينالون من عدوّ نيلا إلا كتب لهم ـ . قال (وينبغي للمسلمين أن لايغدروا ، ولا يغلوا ، ولا يمثلوا) لما روينا من الحديث أوّل الباب ؛ والغلول : الخيانة والسرقة من المغنم ؛ والغدر : نقض العهد فلا يجوز بعد الأمان ، ولا بأس به قبله وهو حيلة وخدعة ، قال عليه الصلاة والسلام « الحرب خدعة » والمثلة المنهية بعد الظفر بهم ، ولا بأس بها قبله لأنه أبلغ فى كبتهم وأضرّ بهم . قال (ولا يقتلوا مجنونا ، ولا امرأة ، ولا صبيا ، ولا أعمى ، ولا مقعدا ، ولا مقطوع اليمين ، ولا شيخا فانيا ، إلا أن يكون أحد هؤلاء ملكا ، أو ممن يقدر على القتال ، أو يحرّض عليه ، أو له رأى فى الحرب أو مال يحثّ به ، أو يكون الشيخ ممن يحتال) لنهيه عليه الصلاة والسلام عن قتل الصبيان والذرارى ، ورأى عليه الصلاة والسلام امرأة مقتولة فقال : « هاه مالها قتلت وما كانت تقاتل ؟ » ولأن الموجب للقتل هو الحراب باشارة هذا النصّ وهؤلاء لايقاتلون والمجنون غير مخاطب ، وكذلك مقطوع اليد والرجل من خلاف ، ويابس الشقّ لما بينا ، فاذا كان أحد هؤلاء ملكا ، أو يقدر على القتال ، أو له مال يعين به ، أو رأى لايؤمن شرّه فصار كالمقاتل « والنبي صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان له مائة وعشرون سنة لأنه كان صاحب رأى » ويقتل الرهابين وأهل الصوامع الذين يخالطون الناس أو يدلون على عورات المسلمين لما مرّ ، فان كانوا لايخالطون الناس أو حبسوا أنفسهم فى جبل أو صومعة ونحوه لايقتلون لما بينا .

فصل

(وإذا كان للمسلمين قوّة لاينبغي لهم موادعة أهل الحرب) لأنه لامصلحة فى ذلك لما فيه من ترك الجهاد صورة ومعنى أو تأخيره ، لأن الموادعة طلب الأمان وترك القتال ، قال تعالى ـ فلا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون ـ (وإن لم يكن لهم قوّة فلا بأس به) لأنه خيرة للمسلمين ، قال تعالى ـ وإن جنحوا للسلم فاجنح لها ـ أى إن مالوا إلى المصالحة

فانْ وَادَعَهُمْ ثُمَّ رأى القِتالَ أصْلَحَ نَبَذَ إلى مَلِكِهِمْ ، وَإنْ بَدَءُوا بِخِيانَةٍ وَعَلِمَ مَلِكُهُمْ بِهَا قاتَلَهُمْ مِنْ غَيْرِ نَبْذٍ . وَيَجُوزُ أنْ يُوَادِعَهُمْ بِمَالٍ وَبِغَيْرِهِ ، وَما أخَذُوهُ قَبْلَ مُحَاصَرَتِهِمْ فَهُوَ كالجِزْيَةِ وَبَعْدَهَا كالغَنِيمَةِ ، وَإنْ دَفَعَ إلَيْهِمْ مالاً لِيُوَادِعُوهُ جازَ عِنْدَ الضَّرُورَةِ ،

قل إليهم وصالحهم ، والمعتبر فى ذلك مصلحة الإسلام والمسلمين ، فيجوز عند وجود المصلحة دون عدمها ، ولأن عليهم حفظ أنفسهم بالموادعة ، ألا يرى أنه صلى الله عليه وسلم صالح أهل مكة عام الحديبية على وضع الحرب عشر سنين ، ولأن الموادعة إذا كانت مصلحة المسلمين كان جهادا معنى ، لأن المقصود دفع الشرّ وقد حصل ، وتجوز الموادعة أكثر من عشر سنين على مايراه الإمام من المصلحة ، لأن تحقيق المصلحة والخير لايتوقت بمدّة دون مدّة . قال (فان وادعهم ، ثم رأى القتال أصلح نبذ إلى ملكهم) وقاتلهم ، قال تعالى ـ فانبذ إليهم على سواء ـ والنبىّ صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التى كانت بينه وبين أهل مكة ، ولأن المعتبر المصلحة على ما بينا ، فاذا تبدّلت يصير النبذ جهادا ، وتركه ترك الجهاد صورة ومعنى ، ولابدّ من النبذ تحرّزا عن الغدر المنهى عنه ، ويكتفى بعلم الملك لأنه صاحب أمرهم ويعلمهم بذلك ، ويشترط مدّة يبلغ خبر النبذ إلى جماعتهم ، فاذا مضت مدّة يمكن الملك إعلامهم جاز مقاتلتهم وإن لم يعلمهم ، لأن التقصير من ملكهم فلا يكون غدرا ، ولو آمنهم ولم ينزلوا من حصنهم فلا بأس بقتالهم بعد الإعلام ، وإن نزلوا إلى عسكر المسلمين فهم على أمانهم حتى يعودوا إلى حصنهم لأنهم نزلوا بسبب الأمان ، فلا يزالون على حكمه حتى يعودوا إليه . قال (وإن بدءوا بخيانة وعلم ملكهم بها قاتلهم من غير نبذ) لأنهم قد نقضوا العهد لما كان باختيار ملكهم ؛ أما لو دخل منهم جماعة دارنا وقطعوا الطريق بغير أمر الملك لايكون نقضا فى حقّ الجميع لأنه بغير إذن الملك ، ويكون نقضا فى حقهم خاصة فيقتلون . قال (ويجوز أن يوادعهم بمال وبغيره) إذا كان فى ذلك مصلحة للمسلمين ، ولهم حاجة إلى المال لما مرّ (وما أخذوه قبل محاصرتهم) بأن أرسل إليهم رسولا (فهو كالجزية) لايخمس لأنه مال أهل الحرب حصل لنا بغير قتال (و) ما أخذوه (بعدها) أى محاصرتهم يخمس (كالغنيمة) ويقسم الباقى لأنه حصل بقوّة الجيش . قال (وإن دفع إليهم مالا ليوادعوه جاز عند الضرورة) وهو خوف الهلاك ، لأن دفع الهلاك واجب بأىّ طريق كان ، فانه إذا لم يكن بالمسلمين قوّة ظهر عليهم عدوّهم فأخذ الأنفس والأموال ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « اجعل مالك دون نفسك » وإن لم يكن ضرورة لايجوز لما فيه من إلحاق الذلة بالمسلمين وإعطاء الدنيئة :

وَالمُرْتَدُّونَ إِذَا غَلَبُوا عَلَى مَدِينَةٍ ، وأَهْلُ الذِّمَّةِ إِذَا نَقَضُوا العَهْدَ كالمُشْرِكِينَ فى المُوَادَعَةِ ، وَيُكْرَهُ بَيْعُ السلاحِ وَالكُرَاعِ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ وَتَجْهِيزُهُ إِلَيْهِمْ قَبْلَ المُوَادَعَةِ وَبَعْدَهَا .

وَإِذَا أَمَّنَ رَجُلٌ أَوِ امْرَأَةٌ كافِرًا أَوْ جَمَاعَةً أَوْ أَهْلَ مَدِينَةٍ صَحَّ

أى الحسة فى الدين . قال (والمرتدّون إذا غلبوا على مدينة ، وأهل الذمة إذا نقضوا العهد كالمشركين فى الموادعة) أما المرتدّون فلأن الإسلام مرجوّ منهم فيوادعهم لينظروا فى أمورهم فربما عادوا إلى الإسلام ، إلا أنه لايأخذ منهم مالا لأنه بمنزلة الجزية ، ولا جزية عليهم لأنه لايجوز تأخير قتلهم بمال يؤخذ منهم لما يأتى إن شاء الله تعالى ، ولو أخذه لايردّه لعدم العصمة ، ولو غلبوا فقد صارت دارهم دار حرب وأموالهم غنيمة ، فكذا أهل الذمة لأنهم لما نقضوا العهد صاروا كغيرهم من أهل الحرب ، ويجوز أخذ المال منهم لأنه لايجوز تركهم بالجزية ، بخلاف المرتدّين وعبدة الأوثان من العرب كالمرتدّين فى الموادعة ، لأنه لايقبل منهم إلا الإسلام أو السيف ، وكذلك أهل البغى فى الموادعة ، لكن إن أخذ منهم ما لا يردّه عليهم إذا وضعت الحرب أوزارها لأنهم مسلمون لو أصيب مالهم بالقتال يردّ عليهم ، ويكره لأمير الجيش أو قائد من قوّاد المسلمين أن يقبل هدية أهل الحرب فيختصّ بها . بل يجعلها فيئا للمسلمين لأنه إنما أهدى إليه بمنعة المسلمين لابنفسه ، قال (ويكره بيع السلاح والكراع من أهل الحرب وتجهيزه إليهم قبل الموادعة وبعدها) لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ، ولما فيه من تقويتهم على المسلمين لأنه معصية ، وكذلك الحديد وكل ما هو أصل فى آلات الحرب ، وهو القياس فى الطعام والشراب ، إلا أنا جوّزناه لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر ثمامة بأن يمير أهل مكة وكانوا حربا علينا ، ولأنا نحتاج إلى بعض ما فى بلادهم من الأدوية ، فلو منعنا عنهم الميرة لمنعوها عنا ، ولا يكره إدخال ذلك على أهل الذمة لأنهم التحقوا بالمسلمين فى الأحكام ، ولا يمكن الحربى أن ينقل إلى دار الحرب السلاح والكراع والحديد والدقيق إذا اشتراه فى دار الإسلام مسلما كان أو كافرا ، ولا يمنع أن يرجع بما جاء به من هذه الأشياء لأنه تناوله عقد الأمان ، فان أسلم بعض عبيده منع من إدخاله دار الحرب لأن المسلم يمنع من ذلك ولا بأس بادخال المصحف أرض الحرب لقراءة القرآن مع جيش عظيم أو تاجر دخل بأمان لأن الغالب السلامة ، ويكره ذلك مع سرية أو جريدة خيل يخاف عليهم الانهزام لأنه ربما وقع فى أيدى أهل الحرب فيستخفون به وكتب الفقه بمنزلة المصحف .

فصـــل

(وإذا أمن رجل أو امرأة كافرا أو جماعة أو أهل مدينة صحّ) أمانهم فلا يحلّ لأحد

فانْ كانَ فيه مَفْسَدَةٌ أدَّبَهُ الإمامُ وَنَبَذَ إليهِمْ ، وَلا يَصِحُّ أمانُ ذِمِّيٍّ ، وَلا أسيرٍ ، وَلا تاجرٍ فيهِمْ ، وَلا مَنْ أسْلَمَ عِنْدَهُمْ وَهُوَ فيهِمْ ، وَلا أمان عَبْدٍ مَحْجُورٍ عَنِ القِتالِ ،

من المسلمين قتالهم ؛ وشرط صحة الأمان أن يكون المؤمِّن ممتنعا مجاهدا يخاف منه الكفار ، لأن الأمن إنما يكون بعد الخوف ، والخوف إنما يتحقق من الممتنع ، والواحد يقوم مقام الكلّ فى الأمان لتعذّر اجتماع الكلّ ، قال عليه الصلاة والسلام « المسلمون تتكافأ دماؤهم يسعى بذمتهم أدناهم » أى أن الواحد يسعى بذمة جميعهم . وروى « أن زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أمنت زوجها ، فأجاز صلى الله عليه وسلم أمانها ، وأجازت أم هانئ رجلين من المشركين ، فأراد علىّ أن يقتلهما وقال لها : أتجيرين المشركين على رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقالت : والله لاتقتلهما حتى تقتلنى دونهما ، ثم أغلقت دونه الباب وجاءت إلى النبىّ عليه الصلاة والسلام فأخبرته بذلك ، فقال : ما كان له ذلك فقد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت » فعلم أن أمان الواحد جائز؛ وإذا جاز أمانه لايجوز لأحد التعرّض له بقتل ولا أخذ مال كما لو آمنه الإمام . قال (فان كان فيه مفسدة أدّبه الإمام) لافتياته على رأيه ، بخلاف ما إذا كان فيه مصلحة ، لأنه ربما يفوت بالتأخير فيعذر . قال (ونبذ إليهم) لأن الإمام إذا أمنهم أو صالحهم ثم رأى النبذ أصلح نبذ إليهم فهذا أولى ، وينبغى للإمام إذا جاءوه بالأمان أن يدعوهم إلى الإسلام أو إلى إعطاء الجزية ، فان أجابوه إلى الإسلام فبها ونعمت ، وإن أبوا وأجابوا إلى الجزية قبلت منهم وصاروا ذمة ، وإن أبوا ردّهم إلى مأمنهم وقاتلهم ، قال تعالى ـ ثم أبلغه مأمنه ـ ولأنه لايجوز التعرّض لهم مع الأمان ، ولا يجوز تركهم على الكفر من غير جزية فيعرض عليهم الإسلام أو الجزية التى يستحقّ معها الأمان ، فان أبوا لم يجز تركهم فيردّهم ثم يقاتلوهم كما لو خرجوا إلينا بأمان . قال (ولا يصحّ أمان ذمىّ ولا أسير ، ولا تاجر فيهم ، ولا من أسلم عندهم وهو فيهم) لأن الذمىّ متهم ولا ولاية له على المسلمين ، والباقون مقهورون عندهم فلا يخافونهم فلا يكونون من أهل البيان على ما بينا ، ولأنه لو انفتح هذا الباب لانسدّ باب الفتح ، لأنهم كلما اشتدّ الأمر عليهم لايخلون عن أسير أو تاجر فيتخلصون به وفيه ضرر ظاهر . قال (ولا أمان عبد محجور عن القتال) وقال محمد : يصحّ ، وقول أبى يوسف مضطرب . لمحمد قوله عليه الصلاة والسلام « يسعى بذمتهم أدناهم » وقياسا على المأذون له فى القتال ، ولأبى حنيفة أنهم آمنون منه ، فلا يصحّ أمانه كالأسير والتاجر ، ولأنه إنما لم يملك العقود لما فيها من إسقاط حقّ المولى ، فلا يملك ما فيه إسقاط حقّ المولى وسائر المسلمين . وهو الأمان بطريق الأولى ، بخلاف المأذون ، لأنه لما أذن له فى القتال فقد جعل إليه

وَلا أمانَ لِلْمُرَاهِقِ .

وَإِذَا فَتَحَ الإمامُ بَلْدَةً عَنْوَةً إنْ شاءَ قَسَمَها بَيْنَ الغانِمِينَ ، وَإنْ شاءَ أَقَرَّ أَهْلَها عَلَيْها وَوَضَعَ عَلَيْهِمُ الجِزْيَةَ ، وَعَلى أَرَاضِيهِمُ الخَرَاجَ ،

الرأى فى القتال ، وتارة يكون الرأى فى القتال ، وتارة فى الكفّ عنه ، فلذلك جاز أمانه ، ولأن الخطأ من المحجور ظاهر لعدم علمه بعدم المباشرة ، وخطأ المأذون نادر لمباشرته القتال . قال (ولا أمان للمراهق) وقال محمد : إن كان يعقل الأمان ويصفه يجوز أمانه لأنه يصير مسلما بنفسه ، ومن لايعقل الإسلام إنما يحكم باسلامه تبعا فلا يعتدّ به ، ولأن المراهق من أهل القتال كالبالغ ، ولأبى حنيفة أنه لايملك العقود والأمان عقد ، ومن لايملك أن يعقد فى حقّ نفسه ففى حقّ غيره أولى ، وإن كان مأذونا له فى القتال ، قيل يصحّ أمانه ، وعامة المشايخ أنه لايصحّ لأن المصلحة والخيرية خفية لايهتدى إليها إلا من له كثرة تجربة وممارسة وذلك بعد البلوغ .

فصـــل

(وإذا فتح الإمام بلدة عنوة إن شاء قسمها بين الغانمين) كما فعل النبيّ عليه الصلاة والسلام بخيبر وسعد رضى الله عنه ببنى قريظة (وإن شاء أقرّ أهلها عليها ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج) كما فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق باجماع الصحابة ، وكل ذلك قدوة فيتخير . قالوا : الأوّل أولى عند حاجة الغانمين ، والثانى عند عدمها ليكون ذخيرة لهم فى الثانى من الزمان ، فانهم يعملون للمسلمين وهم يعلمون وجوه الزراعات ، ولهذا قالوا : يعطيهم من المنقول ما لابدّ لهم منه فى العمل ليتهيأ لهم ذلك ، ولأن المنّ برقابهم لمنفعة الزراعة حتى لو لم يكن لهم أرض لايجوز المنّ عليهم برقابهم ، وكذا لو منّ برقابهم لاغير ولهم أراض أو برقابهم وأموالهم لايجوز لأنه إبطال حقّ الغانمين لأن الرقاب لاتدوم بل تنقطع بالموت والإسلام ، وإنما يجوز تبعا للأراضى نظرا للغانمين لئلا يشتغلوا بالزراعة فيتقاعدوا عن الجهاد ، وفيه مصلحة لمن يجىء بعدهم كما قاله عمر رضى الله عنه ، فإنه لما وضع الخراج على أرض العراق طلبوا منه قسمتها ، واحتجوا عليه بقوله تعالى ـ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى ـ الآية ، وبقوله تعالى ـ للفقراء المهاجرين ـ الآية ، فاحتجّ عليهم بقول الله تعالى ـ والذين جاءوا من بعدهم ـ . وقال : لو قسمتها عليكم لم يبق لمن بعدكم شىء ، فأطاعوه ورجعوا إلى قوله ، وإنما يملك إبطال حقهم بالقتل دفعا لشرّهم فلا يتمحض ضررا ؛ أما المنّ ضرر محض يجعلهم عونا للكفرة وهذا فى العقار ؛ وأما المنقول لايردّه عليهم لأنه لم يرد به الشرع .

وَإِنْ شاءَ قَتَلَ الأَسْرَى ، أَوِ اسْتَرَقَّهُمْ ، أَوْ تَرَكَهُمْ ذِمَّةً لِلْمُسْلِمِينَ ، وَلا يُفادُونَ (سم) بِأَسْرَى المُسْلِمِينَ وَلا بِالمَالِ إِلاَّ عِنْدَ الحاجَةِ إِلَيْهِ ؛ وَإِذَا أَرَادَ الإِمامُ العود وَمَعَهُ مَوَاشٍ يَعْجِزُ عَنْ نَقْلِها ذَبَحَها وَحَرَقَها ،

قال (وإن شاء قتل الأسرى) لأنه عليه الصلاة والسلام قتل ، وفيه تقليل مادّة الكفر والفساد ، وقتل صلى الله عليه وسلم عقبة بن أبي معيط ، والنضر بن شميل بعد ما حصل فى يده ، وقتل بنى قريظة بعد ثبوت اليد عليهم (أو) إن شاء (استرقهم) لأن فيه دفع شرّهم مع وفور المنفعة للمسلمين (أو) إن شاء (تركهم ذمة للمسلمين) لما تقدّم إلا المرتدّين ومشركى العرب على ما يأتى فى الجزية ، ولا يجوز ردّهم إلى دار الحرب لأن فيه تقوية للكفرة على المسلمين ، ولو أسلموا بعد الأخذ لانقتلهم لاندفاع الشرّ ، ويجوز استرقاقهم لانعقاد سبب الملك ، بخلاف ما لو أسلموا قبل الأخذ حيث لايجوز استرقاقهم لأنه لم ينعقد سبب الملك . قال (ولا يفادون بأسرى المسلمين) وقالا : يفادون بهم لأن فى عود المسلمين إلينا عونا لنا ، ولأن تخليص المسلم أولى من قتل الكفار ، وقد قال تعالى - فإما منا بعد وإما فداء - ولأبى حنيفة قوله تعالى - اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى - وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة - فيجب قتلهم وذلك يمنع ردّهم ، ولأن الكافر يصير حربا علينا ، ودفع شرّ حرابهم خير من تخليص المسلم منهم ، لأن كون المسلم فى أيديهم ابتلاء من الله تعالى غير مضاف إلينا ، وإعانتهم بدفع الأسير إليهم مضاف إلينا . وذكر الكرخى ، قال أبو يوسف : تجوز المفاداة بالأسارى قبل القسمة ولا تجوز بعدها وقال محمد : يجوز على كلّ حال . قال (ولا بالمال إلا عند الحاجة إليه) لما بينا ، ومفاداة النبيّ عليه الصلاة والسلام يوم بدر عاتبه الله تعالى عليها بقوله - لولا كتاب من الله سبق - الآية ، فجلس صلى الله عليه وسلم وأبو بكر يبكيان . وقال عليه الصلاة والسلام « لو نزل من السماء عذاب لما نجا منه إلا عمر » لأنه أشار بقتلهم دون الفداء ، والقصة معروفة ؛ ويجوز عند الحاجة للاستعداد للجهاد ، لأن المعتبر المصلحة وهى فيما ذكرنا . قال محمد : لابأس بأن يفادى بالشيخ الفانى والعجوز الفانية بالمال إذا كان لايرجى منه الولد لأنه لامعونة لهم فيه ، بخلاف الصبيان والنساء لأن فى الردّ عليهم معونة لهم ، ولا يجوز المنّ على الأسرى لما فيه من إبطال حقّ الغانمين بغير عوض فإن حقهم ثبت فيهم بالأسر فلا يبطل ، ولأن النصوص الواردة فى قتال المشركين وقتلهم تنفى ذلك . قال (وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش يعجز عن نقلها ذبحها وحرقها) لكيلا ينتفعوا باللحم ولا يعقرها لأنه مثلة ، وذبح الشاة جائز لغرض صحيح ، وكسر شوكة الأعداء غرض صحيح وصار كقطع الشجر وتخريب البناء ، أما الحرق قبل الذبح منهىّ عنه لما فيه

وَيَحْرِقُ الأَسْلِحَةَ .

وَلَا تُقْسَمُ غَنِيمَةٌ فِى دَارِ الحَرْبِ (س) ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا قَبْلَ القِسْمَةِ .

وَمَنْ مَاتَ مِنَ الغَانِمِينَ فِى دَارِ الحَرْبِ فَلَا سَهْمَ لَهُ ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ إِحْرَازِهَا بِدَارِنَا فَنَصِيبُهُ لِوَرَثَتِهِ .

من تعذيب الحيوان (ويحرق الأسلحة) والأمتعة أيضا ، وما لايحترق منها يدفن فى موضع لايقدر الكفار عليه إبطالا للمنفعة عليهم ؛ أما الأسارى يمشون إلى دار الإسلام، فإن عجزوا قتل الرجال وترك النساء والصبيان فى أرض مضيعة حتى يموتوا جوعا وعطشا ، لأنا لانقتلهم للنهى ، ولو تركوا فى العمران عادوا حربا علينا ، فالنساء يحصل منهن النسل ، والصبيان يكبرون فيصيرون حربا علينا فتعين ماقلناه ، ولهذا قالوا : إذا وجد المسلمون فى دار الحرب حيات وعقارب ينزعون حمة العقرب (١) وأنياب الحية دفعا لضررها عنهم ولا يقتلونها لئلا ينقطع نسلهم وفيه منفعة الكفار ، وقد أمرنا بضده .

فصـــــل

الغنيمة : اسم لما يؤخذ من أموال الكفار على وجه القهر والغلبة ، وما يؤخذ منهم هدية أو سرقة أو خلسة أو هبة فليس بغنيمة ، وهو للآخذ خاصة . قال (ولا تقسم غنيمة فى دار الحرب) لكن يخرجها إلى دار الإسلام فيقسمها . وقال أبو يوسف : إن قسمت فى دار الحرب جاز ، وأحبّ إلىّ أن تقسم فى دار الإسلام (ولا يجوز بيعها قبل القسمة) ولا فى دار الحرب (ومن مات من الغانمين فى دار الحرب فلا سهم له ، وإن مات بعد إحرازها بدارنا فنصيبه لورثته) وإذا لحقهم المدد فى دار الحرب شاركوهم فيها ، ولا تضمن بالإتلاف ، وأصله أن الغنائم لاتملك بالإصابة ويثبت فيها الحقّ ، وهو اليد الناقلة المتصرّفة ويتأكد الحقّ بالإحراز ويثبت بالقسمة ، فلو أسلم الأسير بعد الأخذ قبل الإحراز لايكون حرّا ، ولو أسلم قبل الأخذ يكون حرّا ؛ والدليل أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب ، والقسمة بيع معنى فيدخل تحت النهى ، ولأنه عليه الصلاة والسلام قسم غنائم بدر بالمدينة ، ولو جاز قسمتها قبل ذلك لم يؤخرها ، لأن تأخير الحق عن مستحقه لايجوز مع حاجته إليه إلا باذنه ، ولأن فيه ضررا بالمسلمين ، لأن المدد قطع طمعهم عنها فلا يلحقونهم فلا تؤمن كرّة الكفار عليهم ، وربما كان سببا لرجوع لكرّة عليهم ؛ لاشتغال كل منهم بحمل نصيبه والدخول إلى وطنه ، وما روى

---

(١) حمة العقرب بالحاء المهملة المضمومة وفتح المخففة : سمها وضرّها هكذا فى مختار صحاح .

وَالرِّدْءُ وَالمُقَاتِلُ فِى الغَنِيمَةِ سَوَاءٌ وَإِذَا لَحِقَهُمْ مَدَدٌ فِى دَارِ الحَرْبِ شَارَكُوهُمْ فِيهَا ، وَلَيْسَ لِلسُّوقَةِ سَهْمٌ إِلاَّ أَنْ يُقَاتِلُوا ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلإِمَامِ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ الغَنَائِمَ أَودَعهَا الغَانِمِينَ لِيُخْرِجُوهَا إِلى دَارِ الإِسْلَامِ ، ثُمَّ يَقْسِمُهَا ، وَيَجُوزُ لِلْعَسْكَرِ أَنْ يَعْلِفُوا فِى دَارِ الحَرْبِ ، وَيأكُلُوا الطَّعَامَ ، وَيَدَّهِنُوا بِالدُّهْنِ ، وَيُقَاتِلُوا بِالسِّلَاحِ ، وَيَرْكَبُوا الدَّوَابَّ ،وَيَلْبَسُوا الثِّيَابَ إِذَا احْتَاجُوا إِلى ذلِكَ ،

أنه عليه الصلاة والسلام قسم غنائم خيبر فيها ، وغنائم بنى المصطلق فيها ، فإنه فتحها وصارت دار الإسلام ، ولو قسمها فى دار الحرب جاز بالإجماع لأنه قضى فى مجتهد فيه . قال (والردء والمقاتل فى الغنيمة سواء) لاستوائهم فى السبب وهو المجاورة أو شهود الوقعة على ما يأتى إن شاء الله تعالى ، ولأن إرهاب العدوّ يحصل بالردء مثل المقاتل أو أكثر فقد شاركوا المقاتلة فى السبب فيشاركونهم فى الاستحقاق . قال (وإذا لحقهم مدد فى دار الحرب شاركوهم فيها) لما مرّ . وبذلك كتب عمر رضى الله عنه إلى سعد بن أبى وقاص ، وإنما تنقطع شركتهم إما بالإحراز بدار الإسلام ، أو بالقسمة فى دار الحرب ، أو ببيع الإمام الغنيمة فى دار الحرب ، فإذا وجد أحد هذه المعانى الثلاثة انقطعت الشركة ، لأن الملك يستقرّ به ، واستقلال الملك يقطع الشركة . ولو فتح العسكر بلدا من دار الحرب واستظهروا عليه ثم لحقهم مدد لم يشاركوهم لأنه صار من بلد الإسلام فصارت الغنيمة محرزة بدار الإسلام فلا يشاركونهم . قال (وليس للسوقة سهم إلا أن يقاتلوا) لعدم السبب فى حقهم ، وهو المجاوزة بقصد القتال فيعتبر السبب الآخر وهو حقيقة القتال ، ويعتبر حاله عند القتال فارسا أو راجلا ، وكذلك التاجر لما بينا . قال (فإذا لم يكن للإمام ما يحمل عليه الغنائم أودعها الغانمين ليخرجوها إلى دار الإسلام ثم يقسمها) لما مرّ أن القسمة لاتجوز فى دار الحرب ، ولا بدّ من الحمل إلى دار الإسلام ، فإن كان فى الغنيمة حمولة حمل عليها ، لأن المحمول والحمولة لهم ؛ وكذا إن كان مع الإمام فضل حمولة فى بيت المال حمل عليها لأنه مال المسلمين ، وإن لم يكن معه فمن كان من الغانمين معه فضل حمولة يحمل عليها بالأجر بطيبة نفسه ، وإن لم يطب لايحمل لأنه لايحلّ الانتفاع بمال المسلم إلا بطيبة من نفسه ، هذه رواية السير الصغير ، وذكر فى السير الكبير أنه يحمل على كره منه بأجر المثل لأنه ضرورة وحالة الضرورة مستثناة كما إذا انقضت مدّة الإجارة فى المفازة أو فى البحر أو فى الزرع بقل ّ تنعقد مدّة أخرى بأجرة المثل فكذا هذا ، فإذا لم يجد حمولة أصلا ذبح وأحرق وقتل على ما بينا . قال (ويجوز للعسكر أن يعلفوا فى دار الحرب ، ويأكلوا الطعام ، ويدهنوا بالدهن ويقاتلوا بالسلاح ، ويركبوا الدوابّ ، ويلبسوا الثياب إذا احتاجوا إلى ذلك) لما روى ابن

فإذَا خرَجُوا إلى دَارِ الإسْلامِ لَمْ يَجُزْ لَهُمْ شَيْءٌ ومِنْ ذلكَ ، ويَرُدُّونَ ما فَضَلَ مَعَهُمْ قَبْلَ القِسْمَةِ ، ويَتَصَدَّقُونَ بِهِ بعْدَها .

فصــــل

يَنْبَغِي لِلإمامِ أوْ نائِبِهِ أنْ يَعْرِضَ الجَيْشَ عِنْدَ دُخُولِهِ دَارَ الحَرْبِ لِيَعْلَمَ الفارِسَ مِنَ الرَّاجِل ؛

عمر رضى الله عنه أن جيشا غنموا فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما وعسلا فلم يأخذ منهم الخمس . وعن أوفى بن أبى أوفى أن الطعام يوم خيبر لم يخمس ، وكان الرجل إذا احتاج إلى شيء ذهب فأخذه . وكتب عمر رضى الله عنه إلى أمير الجيش بالشام : مر العسكر فليأكلوا وليعلفوا ولا يبيعوا بذهب ولا فضة ، فمن باع بذهب أو فضة ففيه الخمس ، ولأنه يتعذر عليهم حمل الطعام أو العلف إلى دار الحرب والميرة منقطعة عنهم ، فان أهل الحرب لايبيعونهم فلو لم نجز لهم ذلك ضاق عليهم الأمر ، أو نقول الطعام والعلف لايمكن حمله إلى دار الإسلام غالبا فلا تجرى فيه الممانعة فلذلك جاز ، ولا يجوز أن يبيعوا شيئا من ذلك بذهب ولا فضة ولا عروض ، لأنه إنما أبيح لهم ذلك للحاجة فلا يجوز لهم البيع كمن أباح طعامه لغيره ويردُّون الثمن إلى الغنيمة لأنه صار مالا يجرى فيه التمانع كغيره من الأموال (فاذا خرجوا إلى دار الإسلام لم يجز لهم شيء من ذلك) لأن الحاجة زالت ، ولأنه استقرّ حقّ الغانمين بالحيازة فلا ينتفع بعضهم بغير إذن الباقين . قال (ويردّون ما فضل معهم قبل القسمة ويتصدّقون به بعدها) ليقسم على مستحقيه ، فإن وقعت القسمة يتصدّقون به ، يعنى إن كانوا أغنياء ، وإن كانوا محتاجين انتفعوا به لأنه لايمكن قسمة ذلك بين جماعة الجيش فصار كمال لايمكن إيصاله إلى مستحقيه وحكمه ما ذكرنا كاللقطة ، وإن انتفعوا به بعد خروجهم إلى دار الإسلام إن كان غنيا تصدّق بقيمته بعد القسمة لما بينا ويردّه إلى الغنيمة قبل القسمة إيصالا للحقّ إلى مستحقه ، وإن كان فقيرا ردّ قيمته قبل القسمة ولا شيء عليه بعدها على ما بينا ، فإذا ذبحوا البقر أو الغنم ردّوا الجلود إلى الغنيمة إذ لاحاجة لهم إليها ، ولا ينتفع بما ذكرنا من الأشياء إلا من له سهم من الغنيمة أو يرضخ له غنيا كان أو فقيرا ، ويطعم من معه من النساء والأولاد والمماليك ولا يطعم الأجير ، وكذلك المدد ، ولو أهداه إلى تاجر لاينبغى أن يأكل منه إلا أن يكون خبز الحنطة أو طبيخ اللحم فلا بأس بالأكل منه لأنه ملكه بالاستهلاك .

فصــــل

(ينبغى للإمام أو نائبه أن يعرض الجيش عند دخوله دار الحرب ليعلم الفارس من الراجل)

فَمَنْ ماتَ فَرَسُهُ بَعْدَ ذلكَ فَلَهُ سَهْمُ فارِسٍ ، وَإِنْ باعَهُ أَوْ وَهَبَهُ أَوْ رَهَنَهُ أَوْ كانَ مُهْرًا أَوْ كَبِيرًا أَوْ مَرِيضًا لايَسْتَطِيعُ القِتَالَ عَلَيْهِ فَلَهُ سَهْمُ رَاجِلٍ ، وَمَنْ جاوَزَ رَاجِلاً ثُمَّ اشْتَرَى فَرَسًا فَلَهُ سَهْمُ رَاجِلٍ ، وَتُقْسَمُ الغَنِيمَةُ أَخْماسا : أَرْبَعَةٌ مِنْها للغانِمِينَ ، للفارِسِ سَهْمانِ (سم) ، وَللرَّاجِلِ سَهْمٌ ،

ليقسم بينهم بقدر استحقاقهم (فمن) دخل فارسا ثم (مات فرسه بعد ذلك فله سهم فارس) وكذا لو أخذه العدوّ قبل حصول الغنيمة أو بعدها ، لأن الفارس من أوجف على بلاد العدوّ بفرس فدخل فارسا ، لأن المقصود إرهاب العدوّ دون القتال عليها ، حتى إن من دخل فارسا وقاتل راجلا استحقّ سهم فارس ، وإرهاب العدوّ إنما يحصل بالدخول لأن عنده ينتشر الخبر ويصل إليهم أنه دخل كذا كذا فارسا ، وكذا كذا راجلا ويتعذر الوقوف عليهم عند القتال لأنه وقت التقاء الصفين وتعبئة الجيوش وترتيب الصفوف ، والوقت حينئذ يضيق عن اعتبار الفارس من الراجل ومعرفتهم وكتبهم ، وقد تقع الحاجة إلى القتال راجلا فى المضايق وأبواب الحصون وبين الشجر ونحو ذلك ، فوجب أن يعتبر السبب الظاهر وهو المجاوزة لحصول المقصود به على ما بينا ، ولأن الله تعالى جعل الدخول فى أرض العدوّ كإصابة العدوّ بقوله - ولا يطئون موطئا يغيظ الكفار ولا ينالون من عدوّ نيلا إلا كتب لهم - . قال (وإن باعه) أى فرسه (أو وهبه أو رهنه أو كان مهرا أو كبيرا أو مريضا لايستطيع القتال عليه فله سهم راجل) لأن إقدامه على هذه التصرّفات ومجاوزته بفرس لايقدر عليه القتال دليل أنه لم يكن من قصده المجاوزة للقتال فارسا . وروى الحسن عن أبى حنيفة : له سهم فارس اعتبارا للمجاوزة وصار كموته ، ولو باعه بعد القتال فله سهم فارس لحصول المقصود . قال (ومن جاوز راجلا ثم اشترى فرسا فله سهم راجل) لأن العبرة للمجاوزة لما بينا . وعن الحسن : إذا دخل وهو راجل فاشترى فرسا أو وهب له أو استأجره أو استعاره وقاتل عليه فله سهم فارس ، فصار عن أبى حنيفة فى شهود الوقعة روايتان ؛ وجه هذه الرواية أن الانتفاع بالفرس حالة القتال أكثر منها حالة المجاوزة ، فإذا استحقّ سهم فارس بالدخول ، فلأن يستحقه بالقتال أولى . وإذا غزا المسلمون فى السفن فأصابوا غنائم فهم ومن فى البرّ سواء ، ويعتبر فيهم حالة المجاوزة للفارس والراجل والنبىّ عليه الصلاة والسلام أسهم للخيل بخيبرَ وكانت حصونا ، لم يقاتلوا على الخيل وإنما قاتلوا رجالة ، ولأن من فى السفن يحتاج إلى الخيل إذا وصلوا جزيرة أو ساحلا فصار كما فى البرّ . قال (وتقسم الغنيمة أخماسا : أربعة منها للغانمين ، للفارس سهمان ، وللراجل سهم) والأصل فيه قوله تعالى - واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه - الآية ، ذكر الخمس لهؤلاء ، بقيت الأربعة الأخماس للغانمين بدلالة قوله : غنمتم ، فإنه يشعر باستحقاقهم

وَلا يُسْهَمُ لِبَغْلٍ وَلا رَاحِلَةٍ ، وَلا يُسْهَمُ إِلاَّ لِفَرَسٍ وَاحِدٍ (س) ، وَالمَمْلُوكُ وَالصَّبِيُّ وَالمُكَاتَبُ يُرْضَخُ لَهُمْ دُونَ سَهْمٍ إِذَا قَاتَلُوا ، وَلِلْمَرْأَةِ إِنْ دَاوَتِ الجَرْحَى ، وَلِلذِّمِّيِّ إِنْ أَعَانَ المُسْلِمِينَ أَوْ دَلَّهُمْ عَلَى عَوْرَاتِ الكُفَّارِ وَالطَّرِيقِ ؛

لها بالاستيلاء ، وقالا : للفارس ثلاثة أسهم لما روى ابن عمر رضى الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما » ولأن الفرس يحتاج إلى من يخدمه فصاروا ثلاثة . ولأبى حنيفة أن القياس يأبى استحقاق الفرس لأنه آلة كالسلاح تركناه بالنص والنصوص مختلفة ، فروى أنه أعطى للفارس ثلاثة وروى سهمين ، وهو ماروى عن المقداد « أن النبي عليه الصلاة والسلام أسهم له سهما ولفرسه سهما » وروى محمد بن يعقوب بن مجمع عن أبيه عن جده قال « شهدت خيبر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكانت غنيمة خيبر على ثمانية عشر سهما ، كانت الخيل ثلاثمائة فرس والرجالة ألفا ومائتين ، فأعطى النبي عليه الصلاة والسلام للراجل سهما ولفرسه سهما » فلما اختلفت النصوص ، فأبو حنيفة أثبت المتفق عليه وحمل الباقى على الأصل ولأن الانتفاع بالفارس أعظم من الفرس ألا يرى أن الفارس يقاتل بانفراده ولا تأثير للفرس بانفراده ؛ فلا يجوز أن يستحق الفرس أكثر من صاحبه ، ولأنه لايجوز تفضيل البهيمة على الآدمى . وقد روى نافع عن ابن عمر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل مذهب أبى حنيفة فتعارضت روايتاه فكان ما وافق غيره أولى . قال (ولا يسهم لبغل ولا راحلة) لأنه لايصلح للكر والفر فصار كالراجل (ولا يسهم إلا لفرس واحد) وقال أبو يوسف : يسهم لفرسين لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين » ولأن الواحد قد يعيا فيحتاج إلى الآخر ، ولهما ما روى « أن الزبير بن العوام حضر خيبر بأفراس فلم يسهم النبي عليه الصلاة والسلام إلا لفرس واحد » ولأن القتال على فرسين غير ممكن ، والحاجة تندفع بالواحد فصار الثانى كالثالث . وجوابه أن القياس يمنع الإسهام للخيل إلى آخر ما ذكرنا ، والعتيق من الخيل والمقرف (١) والهجين والبرذون سواء ، لأن اسم الخيل ينطلق على الكل ، ولأن العتيق إن اختص بزيادة القوة فى الطلب والهرب ، فالبرذون اختص بزيادة الثبات على حمل السلاح وكثرة الإنعطاف فتساويا فى المنفعة فيستويان فى سبب الاستحقاق . قال (والمملوك والصبى والمكاتب يرضخ لهم دون سهم إذا قاتلوا ، وللمرأة إن داوت الجرحى ، وللذمى إن أعان المسلمين أو دلهم على عورات الكفار والطريق) والأصل أن كل من لايلزمه القتال فى غير حالة الضرورة لا يسهم له لأنه ليس

---

(١) قوله والعتيق والمقرف . العتيق : هو الجواد الرائع . والمقرف : هو الذى أمه عربية وأبوه ليس بعربى .

وَالْخُمُسُ الآخَرُ يُقَسَّمُ ثَلاثَةَ أَسْهُمٍ لِلْيَتَامى وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنَاءِ السَّبِيلِ ، وَمَنْ كانَ مِنْ أَهْلِ القُرْبَى بِصِفَتِهِمْ يُقَدَّمُ عَلَيْهِمْ .

من أهله ، ومن يلزمه القتال يسهم له لأنه من أهله ، لأنا لو أسهمنا للكل لسوّينا بينهم ولا يجوز ، والدليل عليه ما روى أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام كان لايسهم للعبيد والنساء والصبيان . وعن ابن عباس أنه يرضخ لهم . وقال عليه الصلاة والسلام « لاتجعلوهم كأهل الجهاد » واستعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود فلم يسهم لهم ؛ والمرأة عاجزة عن القتال طبعا فتقوم مداواة الجرحى منها مقام القتال لما فيه من منفعة المسلمين . والأجير إذا قاتل . قال محمد : إن ترك خدمة صاحبه وقاتل استحق السهم وإلا لاشىء له ، ولا يجتمع له أجر ونصيب فى الغنيمة . وجملته أن من دخل للقتال استحق السهم قاتل أو لم يقاتل ومن دخل لغير القتال لايستحقه إلا أن يقاتل إذا كان من أهل القتال ، فالسوقى والتاجر دخلا للمعاش والتجارة ولم يدخلا للقتال ، فإن قاتلا صارا بالفعل كمن دخل للقتال والأجير إنما دخل لخدمة المستأجر لاللقتال ، فإذا ترك الخدمة وقاتل صار كأهل العسكر . قال (والخمس الآخر يقسم ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وأبناء السبيل ، ومن كان من أهل القربى بصفتهم يقدم عليهم) لما تلونا من الآية ، إلا أن ذكر اسم الله تعالى للتبرك فى افتتاح الكلام ، إذ الدنيا والآخرة لله تعالى ، ولأن الأئمة المهديين والخلفاء الراشدين لم يفردوا هذا السهم ولم ينقل عنهم ، ولما لم يفعلوه دل على ما ذكرنا ؛ وأما سهم النبى عليه الصلاة والسلام فكان يستحقه بالرسالة ، كما كان يستحق الصفى من المغنم ، وهو ماكان يختاره من درع أو سيف أو جارية لنفسه فسقطا بموته جميعا إذ لارسول بعده . وقال صلى الله عليه وسلم « مالى فيما أفاء الله عليكم إلا الخمس ، والخمس مردود فيكم » وكذلك الأئمة المهديون لم يفردوه بعده عليه الصلاة والسلام ، ولو بقى بعده أو استحقه غيره لصرفوه إليه . وأما سهم ذوى القربى فانهم كانوا يستحقونه فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بالنصرة وبعده بالفقر لما روى « أن جبير بن مطعم وعثمان بن عفان رضى الله عنهما جاءا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالا : يا رسول الله إنا لاننكر فضل بنى هاشم لمكانك منهم الذى وضعك الله فيهم أرأيت بنى المطلب أعطيتهم ومنعتنا وإنما هم ونحن منك بمنزلة فقال : إنهم لم يفارقونى فى جاهلية ولا إسلام » وهذا يدل على أن الاستحقاق بغير القرابة وإنما بكونهم معه ينصرونه ، ، ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام أعطى بنى المطلب وحرم بنى أمية وهم إليه أقرب ، لأن أمية كان أخا هاشم لأبيه وأمه والمطلب أخوه لأبيه ، فلو كان الاستحقاق بالقرابة لكان بنو أمية أولى ، وبهذا تبين أن المراد قرب النصرة لاقرب النسب ، ولأن أبا بكر وعمر وعثمان وعليا رضى الله عنهم

وَإِذَا دَخَلَ جَمَاعَةٌ لَهُمْ مَنَعَةٌ دَارَ الحَرْبِ فَأَخَذُوا شَيْئًا خُمِّسَ وَإِلاَّ فَلا ، وَيَجُوزُ التَّنْفِيلُ قَبْلَ إِحْرَازِ الغَنِيمَةِ ، وَقَبْلَ أَنْ تَضَعَ الحَرْبُ أَوْزَارَهَا ، فَيَقُولُ الإمامُ : مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ ، أَوْ مَنْ أَصَابَ شَيْئًا فَلَهُ رُبُعُهُ وَبَعْدَ الإِحْرَازِ يُنَفَّلُ مِنَ الخُمُسِ ،

قسموه على ثلاثة كما قلنا وكفى بهم قدوة ، وإنما يعطى من كان منهم على صفة الأصناف الثلاثة لقوله عليه الصلاة والسلام « يا بنى هاشم إن الله تعالى كره لكم أوساخ الناس وعوّضكم عنها بخمس الخمس » والصدقة إنما حرمت على فقرائهم لأنها كانت محرّمة على أغنيائهم وأغنياء غيرهم ، فيكون خمس الخمس لمن حرمت الصدقة عليه . وما روى أن عمر رضى الله عنه كان ينكح منه أيمهم ويقضى منه غارمهم ، ويخدم منه عائلهم ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير ، وإذا ثبت أنه لاسهم لله تعالى وسهم النبيّ عليه الصلاة والسلام سقط ، وسهم ذوى القربى يستحقونه بالفقر ، لم يبق إلا الأصناف الثلاثة التى ذكرناها فوجب أن يقسم عليهم ، ويدخل ذوو القربى فيهم إذا كانوا بصفتهم . قال (وإذا دخل جماعة لهم منعة دار الحرب فأخذوا شيئا خمس وإلا فلا) .

اعلم أن الداخل دار الحرب لايخلو إما إن كان لهم منعة أولا ، ولا يخلو إما إن كان باذن الإمام أو لا ، فإن كان لهم منعة فما أخذوه يخمس ، سواء كان باذن الإمام أو لم يكن لأنهم إنما أخذوا بقوّة المسلمين ، وقد أخذوا قهرا وغلبة فكان غنيمة ؛ ولهذا يجب على الإمام أن ينصرهم ، لأن فى خذلهم وهنا للمسلمين فكان المأخوذ بقوّة المسلمين فيخمس . وإن لم يكن لهم منعة فإن كان باذن الإمام خمس ، لأن الإمام لما أذن لهم فقد التزم نصرتهم بامدادهم بالعسكر فكان المأخوذ بقوّة المسلمين فيخمس ؛ وروى أنه لايخمس لأنهم لايقدرون على مغالبة الكفار فلا يكون غنيمة وإنما هو تلصص ، وإن كان بغير إذن الإمام لايخمس لأنه ليس بغنيمة لأنه لم يؤخذ بقوّة المسلمين ، ولا يلزم الإمام نصرتهم لأنه لم يأمرهم ولا وهن على الإسلام فى ترك نصرتهم فلا يخمس كالذى يأخذه التاجر واللصّ ، وإذا لم يكن غنيمة فما أخذه كل واحدفهو له خاصة لأنه مأخوذ على أصل الإباحة كالحشيش والصيد لما مرّ فى الشركة . قال (ويجوز التنفيل قبل إحراز الغنيمة وقبل أن تضع الحرب أو زارها ، فيقول الإمام : من قتل قتيلا فلم سلبه ، أو من أصاب شيئا فله ربعه) ونحو ذلك (وبعد الإحراز ينفل من الخمس) .

اعلم أن النفل فى اللغة اسم للغنيمة ، وفى الشريعة : اسم لما خصه الإمام لبعض الغزاة تحريضا لهم على القتال لزيادة قوّة وجرأة منهم ، ويجوز ذلك لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نفل يوم بدر فقال « من قتل قتيلا فله سلبه » وعن مالك أنه قال ذلك يوم خيبر ،

وَسَلَبُ المَقْتُولِ : سِلاحُهُ وَثِيابُهُ وَفَرَسُهُ وَآلَتُهُ وَما عَلَيْهِ وَمَعَهُ مِنْ قُماشٍ وَمالٍ ، وَإِذَا لَمْ يُنَفِّلْ بالسَّلَبِ فَهُوَ مِنْ جُمْلَةِ الغَنِيمَةِ .

وَإِذَا اسْتَوْلَى الكُفَّارُ عَلَى أَمْوالِنا وأَحْرَزُوها بِدارِهِمْ مَلَكُوها ، فإِنْ ظَهَرْنا عَلَيْهِمْ فَمَنْ وَجَدَ مِلْكَهُ قَبْلَ القِسْمَةِ أَخَذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَبَعْدَها بالقِيمَةِ إِنْ شاءَ ، وَإِنْ دَخَلَ تاجِرٌ وَاشْتَراهُ فَمالِكُهُ إِنْ شاءَ أَخَذَهُ بِثَمَنِهِ ، وَإِنْ شاءَ تَرَكَ ، وَإِنْ وُهِبَ لَهُ أَخَذَهُ بالقِيمَةِ .

ولما فيه من التحريض على القتال المندوب إليه بقوله تعالى - يا أيها النبيّ حرّض المؤمنين على القتال - ولأن الشجعان يرغبون فى النفل فيخاطرون بأنفسهم ويقدمون على القتال ، ولهذا قلنا إنها تجوز قبل الإحراز لأنها حينئذ تفيد التحريض والحث على القتال ؛ أما إذا أحرزت فقد استقرّ حقّ الغانمين فيها فلا يجوز التنفيل لما فيه من إسقاط حقّ البعض ولأنه لايفيد فائدة التحريض بل إقعاد عن القتال لما فيه من إبطال حقّ الغانمين عن بعض الغنيمة . قال محمد : وما روى أنه عليه الصلاة والسلام نفل بعد الإحراز إنما كان من الخمس أو من الصفىّ فغلط قوم فظنوا أن النفل يجوز بعد إحراز الغنيمة ، وما قاله محمد صحيح لأنه لايجوز تصرّف الإمام بعد الإحراز إلا فى الخمس لما بينا ، ويجوز من الخمس لأنه لاحقّ للغانمين فيه . قال (وسلب المقتول : سلاحه وثيابه وفرسه وآلته وما عليه ومعهمن قماش ومال) أما ماكان مع غلامه أوعلى فرس آخرمن أمواله فهوغنيمة للكلّ ، وإذا جعل الإمام السلب للقاتل انقطع حقّ الباقين عنه ، إلا أنه يثبت ملكه بالإحراز على مابينا ، ولا يخمس السلب إلا أن يقول فله سلبه بعد الخمس فإنه يخمس ، وكذلك إن جعل لهم الربع أو النصف أو الثلث مطلقا لم يخمس ، فإن قال لكم الربع بعد الخمس فانه يخمس ، ولا ينبغى للإمام أن ينفل بجميع المأخوذ ، لأن الغنيمة حقّ العسكر ، فإذا نفل الجميع قطع حقّ الضعفاء عنها وأبطل السهام التى جعلها الله تعالى فى الغنيمة ، قالوا هذا هو الأولى ، فإن فعله مع سرية جاز لجواز أن تكون المصلحة فى ذلك ، وإذا لم ينفل بالسلب فهو من جملة الغنيمة لايستحقه القاتل ، قال عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » .

فصل

(وإذا استولى الكفار على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها ، فإن ظهرنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة أخذه بغير شيء وبعدها بالقيمة إن شاء ، وإن دخل تاجر واشتراه فمالكه إن شاء أخذه بثمنه ، وإن شاء ترك وإن وهب له أخذه بالقيمة) لما روى ابن عباس

وَإِنْ غَلَبَ بَعْضُ أَهْلِ الحَرْبِ بَعْضًا وأَخَذُوا أَمْوَالَهُمْ مَلَكُوهَا ، وَلَا يَمْلِكُونَ عَلَيْنَا مُكَاتِبِينا وَمُدَبَّرِينا وأُمَّهاتِ أَوْلادِنا وأَحْرارَنا ، وَإِنْ أَبَقَ إِلَيْهِمْ عَبْدٌ لَمْ يَمْلِكُوهُ (سم) ،

أن رجلاً وجد بعيرا له فى المغنم قد كان المشركون أصابوه قبل ذلك ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء ، وإن وجدته بعد ما قسم أخذته بالقيمة إن شئت » ولو لم يملكوه لما أوجب القيمة . وعن تميم بن طرفة أن العدوّ غلب على ناقة أو بعير لرجل ؛ فاشتراه رجل من العدوّ ، فذكر ذلك للنبيّ صلى الله عليه وسلم ، فقال : « خذه بالثمن إن شئت وإلافهولهم » وهذا يدلّ على صحة ملك أهل الحرب إذ لولا ذلك لم يلزمه الثمن . وعن عمر وابنه وزيد بن ثابت وأبى عبيدة بن الجراح رضى الله عنهم مثل مذهبنا . وعن عليّ رضى الله عنه أنه قال : من اشترى ما أحرزه العدوّ فهو جائز ، ولأنه يجب على جميع المسلمين حقّ الردّ عليه ، لأنه يجب عليهم استنقاذه من أيدى الكفارقلعا لهم عن العود إلى مثله وقبل القسمة قد حصل لهمبغير عوض والردّ مستحق عليهم فلزمهم الدفعإليه . أما بعد القسمة فقد حصل له بعوض وهو نصيبه من الغنيمة الذى سلم لسائر الغانمين ولم يستحقّ عليه بذل المال فى الردّ ، فلذلك وجب أن يغرم له العوض الذى ليس بمستحقّ ، وكذلك المشترى منهم حصل له بعوض ليس بمستحقّ عليه فلذلك رجع بالثمن . وأما الموهوب له فلأنه ملكه بعقد فصار كالبيع ، وليس فيه عوض مسمى فيأخذه بالقيمة كما بعد القسمة ، فان أسلموا عليها أو صاروا ذمة أو اشتراه حربىّ فأسلم أو دخل إلينا بأمان،فهو لهم ، لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم على مال فهو له » وإن أسلموا قبل الإحراز بدارهم ردوه على المالك الأوّل لعدم ثبوت ملكهم لبقاء العصمة . وأما النقود والمكيل والموزون إن وجده قبل القسمة أخذه بغير شيء كما قلنا ، وبعد القسمة لاسبيل له عليها ، لأنه لوأخذها أخذها بمثلها ولا فائدة فيه . قال (وإن غلب بعض أهل الحرب بعضا وأخذوا أموالهم ملكوها) لاستيلائهم على مال مباح ، فاذا ظهرنا عليها فأخذناها ملكناها كسائر أموالهم . قال (ولا يملكون علينا مكاتبينا ومدبرينا وأمهات أولادنا وأحرارنا) لأن الأصل فى الآدمى الحرّية ، والحرّية مقتضى قوله تعالى — ولقد كرّمنا بنى آدم — إلا أن الشرع جعله محلا للتمليك جزاء عن استنكافه عن طاعة الله تعالى ، وذلك فى حقّ الكافر دون المسلم ، لأن الملك فى الرقاب بناء على الرقّ ولا رقّ علينا ، وفى المال بناء على المالية والكلّ فيه سواء . قال (وإن أبق إليهم عبد لم يملكوه) عند أبى حنيفة . وقالا : يملكونه كما إذا أخذوه من دارنا أو فى الوقعة . وله أنه لما خرج

وَإِذَا خَرَجَ عَبِيدُهُمْ إِلَيْنَا مُسْلِمِينَ فَهُمْ أَحْرَارٌ ، وَكَذَلِكَ إِنْ ظَهَرْنَا عَلَيْهِمْ وَقَدْ أَسْلَمُوا . وَإِذَا اشْتَرَى المُسْتَأْمَنُ عَبْدًا مُسْلِما وأَدْخَلَهُ دَارَ الحَرْبِ عَتَقَ عَلَيْهِ (سم) ؛ وَإِذَا دَخَلَ المُسْلِمُ دَارَ الحَرْبِ بِأَمانٍ لايَتَعَرَّضُ لِشَيْءٍ مِنْ دِمائِهِمْ وأَمْوَالِهِمْ ، فإنْ أَخَذَ شَيْئًا وأَخْرَجَهُ تَصَدَّقَ بِهِ .

من دارنا زالت يد المولى عنه وظهرت يده على نفسه ، لأن سقوط يده باعتبار يد المولى ليتمكن من الانتفاع به فصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك فلا يثبت لهم فيه ملك ، وبعد ذلك إن ظهرنا عليهم أخذه المالك القديم قبل القسمة وبعدها ، ويؤدّى عوضه من بيت المال لتعذّر إعادة القسمة بعد تفريق الغانمين ، ولا جعل على المالك لأن الغانم إنما عمل لنفسه لأنه يزعمه ملكه ، وكذلك إن كان مشترى أو موهوبا يأخذه بغير شيء لأنه لم يملكه فلم يصحّ تصرّفه فيه . قال (وإذا خرج عبيدهم إلينا مسلمين فهم أحرار ، وكذلك إن ظهرنا عليهم وقد أسلموا) لأنه عليه الصلاة والسلام قضى بعتق عبيد خرجوا من الطائف وقد أسلموا وقال « هم عتقاء الله » ولأنه أحرز نفسه بالتحاقه بمنعة المسلمين ويده أسبق من يد المسلمين فكانت أولى . قال (وإذا اشترى المستأمن عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عليه) وقالا : لايعتق لأنه يجب عليه إزالته عن ملكه بأن يجبر على ذلك ولا جبر فبقى على حاله . ولأبى حنيفة أن خلاص المسلم عن رقّ الكافر واجب ما أمكن ، وقد تعذّر جبره على ذلك ، فأقمنا تباين الدارين مقام الإعتاق ، كما إذا أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب أقمنا مضىّ ثلاث حيض مقام التفريق . قال (وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان لايتعرّض لشيء من دمائهم وأموالهم) لأن فيه غدرا بهم وأنه منهىّ عنه (فان أخذ شيئا وأخرجه تصدّق به) لأنه ملكه بأمر محظور وهو الغدر والخيانة وسبيله التصدّق به لأنه ملك خبيث ، بخلاف الأسير لأنه غير مستأمن ، ولم يلتزم ترك التعرّض لهم فيباح له التعرّض وإن أطلقوه . ولو دخل مسلم دار الحرب فأدانه حربىّ أو أدان حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج المسلم أو استأمن الحربىّ لم يقض بينهما بشيء من ذلك . أما الغصب فلأنه صار ملكا للذى أخذه لاستيلائه على مال مباح . وأما المداينة فلأنه لاولاية لنا عليهما وقت الإدانة والقضاء يعتمد الولاية ، ولا على المستأمن وقت القضاء لأنه ما التزم أحكامنا فى الماضى ، وكذلك الحربيان إذا فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما بينا ، ولو خرجا مسلمين قضى بينهما بالديون دون الغصب لما مرّ ؛ أما الغصب لما مرّ ، وأما الدين فلوقوعه صحيحا عن تراض ، والولاية ثابتة لالتزامهما أحكامنا وقتئذ .

فصـــل

وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمانٍ يَقُولُ لَهُ الإمامُ : إنْ أَقَمْتَ سَنَةً وَضَعْتُ عَلَيْكَ الجِزْيَةَ ، فانْ أقامَ صَارَ ذِمِّيا ، وَلا يُمَكَّنُ مِنَ العَوْدِ إلى دَارِ الحَرْبِ ، وكَذَلِكَ إنْ وَقَّتَ الإمامُ دُونَ السَّنَةِ فأقامَ ، وكَذَلِكَ إذَا اشْتَرَى أرْضَ خَرَاجٍ فأدَّى خَرَاجَها ؛ وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الحَرْبِيَّةُ بِذِمِّيٍّ صَارَتْ ذِمِّيَّةً ؛ وَلَوْ تَزَوَّجَ حَرْبِيٌّ بِذِمِّيَّةٍ لايَصِيرُ ذِمِّيا . وَالجِزْيَةُ ضَرْبانِ : ما يُوضَعُ بالتَّرَاضِي فَلا يُتَعَدَّى عَنها .

فصـــل

(وإذا دخل الحربىّ دارنا بأمان يقول له الإمام : إن أقمت سنة وضعت عليك الجزية) وأصله أن الحربىّ لايمكن من الإقامة فى دارنا دائما إلا بأحد معنيين : إما الاسترقاق ، أو الذمة ، لأنه ربما يطلع على عورات المسلمين فيدلّ عليها ولا يمنع من المدّة اليسيرة ، لقوله تعالى ـ وإن أحد من المشركين استجارك فأجره ـ إلى قوله ـ ثم أبلغه مأمنه ـ وفى منعهم قطع الجلب والميرة وسدّ باب التجارة ، وربما منعوا تجارنا من الدخول إليهم وفيه من الفساد ما لايخفى ، وإذا كان لا يجوز المقام الكثير ويجوز القليل ، فلا بدّ من الحدّ الفاصل فقدّرناه بالسنة لأنها مدّة تجب فيها الجزية فتكون الإقامة لمصلحة الجزية . قال (فان أقام) يعنى سنة (صار ذميا) لالتزامه الجزية بشرط الإمام فتوضع عليه الجزية (ولا يمكن من العود إلى دار الحرب) لأن عقد الذمة لاينتقض ، ولأنّ فيه مضرّة المسلمين بجعل ولده حربا علينا وبانقطاع الجزية . قال (وكذلك إن وقت الإمام دون السنة فأقام) لأنه يصير ملتزما . قال (وكذلك إذا اشترى أرض خراج فأدّى خراجها) لأن خراج الأرض كخراج الرأس لأنه إذا أدّاه فقد التزم المقام فى دارنا ولا يصير ذميا بمجرّد الشراء لاحتمال الشراء للتجارة ؛ ولو أجرها من مسلم وأخذ الإمام الخراج من المستأجر ورأى ذلك على الزارع لم يصر ذميا ، لأن الإمام لم يوجب عليه الخراج فلم يصر ذميا بملك الأرض ، ويصير ذميا حين وجب عليه الخراج ، فتؤخذ منه الجزية بعد سنة من يوم وجب عليه الخراج لأنه حينئذ صار ذميا قال : (وإذا تزوجت الحربية بذمى صارت ذمية. ولو تزوج حربى بذمية لايصير ذميا لأنها التزمت المقام معه ولم يلتزم هو لأنه يطلقها ويعود . قال (والجزية ضربان : ما يوضع بالتراضى فلا يتعدّى عنها) لأنها وجبت بالرضى ، فلا يجب غير ما رضى به ، ولأن فيه ترك الوفاء بالعقد ، وقد صالح عليه الصلاة والسلام نصارى نجران

وَجِزْيَةٌ يَضَعُهَا الإمامُ إِذَا غَلَبَ الكُفَّارَ وأَقرَّهُمْ عَلَى مِلْكِهِمْ ، فَيَضَعُ عَلَى الظَّاهِرِ الغَنِىِّ فى كُلِّ سَنَةٍ ثَمانِيَةً وأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا ، وَعَلَى المُتَوَسِّطِ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ دِرْهَمًا ، وَعَلَى الفَقِيرِ اثْنَىْ عَشَرَ دِرْهَمًا ، وتَجِبُ فى أَوَّلِ الحَوْلِ وَتُؤْخَذُ فى كُلِّ شَهْرٍ بِقِسْطِهِ ، وَتُوضَعُ عَلَى أَهْلِ الكِتابِ وَالمَجُوسِ وَعَبَدَةِ الأَوْثانِ مِنَ العَجَمِ ، وَلا يَجُوزُ مِنَ العَرَبِ وَالمُرْتَدِّينَ ،

على ألف ومائتى حلة وكانت جزية بالصلح (وجزية يضعها الإمام إذا غلب الكفار وأقرّهم على ملكهم ، فيضع على الظاهر الغنىّ فى كل سنة ثمانية وأربعين درهما ، وعلى المتوسط أربعة وعشرين درهما ، وعلى الفقير اثنى عشر درهما ، وتجب فى أوّل الحول ، وتؤخذ فى كل شهر بقسطه) هكذا روى عن عمر وعثمان وعلىّ رضى الله عنهم من غير نكير من غيرهم فكان إجماعا ، وما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ « خذ من كلّ حالم وحالمة دينارا أو عدله معافر » فهو محمول على الصلح ، ألا ترى أنه قال وحالمة ، ولا جزية على النساء إلا فى المصالحة كما صالح عمر رضى الله عنه نصارى بنى تغلب على ما قررناه فى الزكاة .

واختلفوا فى حدّ الغنىّ والمتوسط والفقير ، والمختار أن ينظر فى كلّ بلد إلى حال أهله وما يعتبرونه فى ذلك ، فإن عادة البلاد فى ذلك مختلفة ، وإنما قلنا إنها تجب فى أوّل الحول لأنها وجبت لإسقاط القتل فتجب للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد ، ولأن المعوض قد سلم لهم فوجب أن يستحقّ العوض عليهم كالثمن وقسطناها على الأشهر تخفيفا وليمكنه الأداء . قال (وتوضع على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم) أما أهل الكتاب فلقوله تعالى ـ قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ـ إلى أن قال ـ من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد ـ . وأما المجوس فلما روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : ما أصنع بهم ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف : سمعت رسول الله عليه الصلاة والسلام يقول « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » فوضع عليهم الجزية . وأما عبدة الأوثان من العجم فلأنه يجوز استرقاقهم فيجوز أخذ الجزية من رجالهم كالكتابى والمجوسى ، أو لأنه لما جاز إبقاؤهم على الكفر بأحد الشيئين وهو الرّقّ جاز بالآخر وهو الجزية (ولا يجوز) أخذها من عبدة الأوثان (من العرب و) لامن (المرتدين) لأنه لايجوز إبقاؤهم على الكفر بالرّقّ فكذا بالجزية ، لأن كفرهم أقبح وأغلظ . أما العرب فإنهم بالغوا فى أذاه صلى الله عليه وسلم بالتكذيب وإخراجه من وطنه ، فتغلظت عقوبتهم فلا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف . وقال عليه الصلاة والسلام يوم حنين « لو كان يجرى على عربىّ رقّ لكان اليوم ، وإنما الإسلام أو السيف » . وأما المرتدّ فلأنه كفر

وَلا جِزْيَةَ عَلى صَبِيّ ، وَلا امْرأةٍ ، وَلا مَجْنُونٍ ، وَلا عَبْدٍ ، وَلا مُكاتَبٍ ، وَلا زَمِنٍ ، وَلا أعْمَى ، وَلا مُقْعَدٍ ، وَلا شَيْخٍ كَبِيرٍ ، وَلا الرَّهابِينَ المُنْعَزِلِينَ ، وَلا فَقِيرٍ غَيْرَ مُعْتَمِلٍ ، وَتَسْقُطُ بالمَوْتِ وَالإسْلامِ ،

بعد إسلامه واطلاعه على محاسن الإسلام . وقال عليه الصلاة والسلام « من بدّل دينه فاقتلوه » ويسترق نساء العرب ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم استرقهم كما استرقّ أهل الكتاب ، ولا يجبرون على الإسلام . وأما المرتدّة فتجبر على ما يأتى إن شاء الله تعالى . قال (ولا جزية على صبيّ ، ولا امرأة ، ولا مجنون ، ولا عبد ، ولا مكاتب ، ولا زمن ، ولا أعمى ، ولا مقعد ، ولا شيخ كبير) وأصله أن الجزية شرعت جزاء عن الكفر وحملا له على الإسلام فتجرى مجرى القتل ، فمن لايعاقب بالقتل لايؤاخذ بالجزية ، فإذا حصل الزاجر فى حقّ المقاتلة وهم الأصل انزجر التبع ، أو نقول : وجبت لإسقاط القتل ، فمن لايجب قتله لاتوضع عليه الجزية ، وهؤلاء لايجوز قتلهم فلا جزية عليهم ، ولأن عمر رضى الله عنه لم يضع على النساء جزية . وعن أبى يوسف أنها تجب على الزمن والأعمى والشيخ الكبير إذا كان لهم مال ، لأنها وجبت على الفقير المعتمل ، ووجود المال أكثر من العمل ، ولأنه يجوز قتل من كان له رأى فى الحرب وكان له مال يعين به فتجب عليه الجزية كذلك قال (ولا) على (الرهابين المنعزلين ، ولا فقير غير معتمل) والمراد الرهابين الذين لايقدرون على العمل والسياحين ونحوهم . أما إذا كانوا يقدرون على العمل فيجب عليهم وإن اعتزلوا وتركوا العمل لأنهم يقدرون على العمل فصاروا كالمعتملين إذا تركوا العمل فتؤخذ منهم الجزية كتعطيل أرض الخراج . وأما الفقير الغير المعتمل ، فلأن عمر رضى الله عنه شرط كونه معتملا وأنه دليل عدم وجوبها على غير المعتمل ، ولأنه غير مطيق للأداء فيعتبر بالأرض التى لاتصلح للزراعة اعتبارا لخراج الرأس بخراج الأرض ؛ ولا جزية على الفقير التغلبى لما سبق فى الزكاة من صلحهم أنه يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين ، ولا شىء على الفقير المسلم ؛ ولو مرض الذمى جميع السنة لاجزية عليه ، لأنها تجب على الصحيح المعتمل لما بينا ؛ ولو مرض أكثر السنة سقطت أيضا إقامة للأكثر مقام الكلّ ، وكذلك لو مرض نصف السنة لأنها عقوبة فيترجح المسقط ؛ ولو أدرك الصبىّ وأفاق المجنون وعتق العبد وبرئ المريض قبل وضع الإمام الجزية وضع عليهم ، وبعد وضع الجزية لايوضع عليهم ، لأن المعتبر أهليتهم دون الوضع ، لأن الإمام يخرج فى تعرّف حالهم فى كلّ وقت ولم يكونوا أهلا وقت الوضع ، بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث يوضع عليهم ، لأن الفقير أهل للجزية ، وإنما سقطت عنه للعجز وقد زال . قال (وتسقط بالموت والإسلام) لأنها شرعت للزجر عن الكفر وحملا على الإسلام ،

وَإِذَا اجْتَمَعَتْ حَوْلَانِ تَدَاخَلَتْ (سم) . وَيَنْبَغِى أَنْ تُؤْخَذَ الجِزْيَةُ عَلَى وَصْفِ الذلِّ وَالصَّغَارِ ، وَيَقُولُ لَهُ : أَعْطِ الجِزْيَةَ يا عَدُوَّ اللهِ ، وَلَا يَنْتَقِضُ عَهْدُهُمْ إِلاَّ باللَّحاقِ بِدَارِ الحَرْبِ ، أَوْ إِنْ تَغَلَّبُوا عَلَى مَوْضِعٍ فَيُحَارِبُونَنَا فَتَصِيرُ أَحْكَامُهُمْ كالمُرْتَدِّينَ ، إِلاَّ أَنَّه إِذَا ظَفِرْنا بِهِمْ نَسْتَرِقُّهُمْ وَلَا نَجْبُرُهُمْ عَلَى الإِسْلامِ ؛ وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الجِزْيَةِ بِمَا يَتَمَيَّزُونَ بِهِ عَنِ المُسْلِمِينَ فى مَلَابِسِهِمْ وَمَرَاكِبِهِمْ .

ولا حاجة إلى ذلك بعد الموت والإسلام لما بينا أنها بدل عن القتل ، وقد سقط القتل عنهما ، ولأنها وجبت على وجه الصغار ، وقد تعذّر ذلك بالموت والإسلام . قال (وإذا اجتمعت حولان تداخلت) فلا تجب إلا واحدة ، وقالا : تؤخذ لجميع ما مضى ، لأن مضيّ المدّة لاتأثير له فى إسقاط الواجب كالديون . ولأبى حنيفة أنها عقوبة على الكفر ، والأصل فى العقوبات التداخل كالحدود ، أو لأنها للزجر ، والزجر عن الماضى محال (وينبغى أن تؤخذ الجزية على وصف الذلّ والصغار) كما قال تعالى - حتّى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون - فيكون الآخذ قاعدا والذمى قائما بين يديه ويؤخذ بتلبيبه ويهزّه هزّا (ويقول له : أعط الجزية يا عدوّ الله) ولا تجرى فيها النّيابة لأنها عقوبة ، وعندهما تجوز النيابة لأنها للزجر بتنقيص المال ، وتنقيص المال يحصل به وبنائبه ، ويجوز تعجيل الجزية لسنتين وأكثر كالخراج ، فلو عجل لسنتين ثم أسلم ردّ خراج سنة واحدة لأنه أدّاه قبل الوجوب ، ولا يردّ خراج السنة الأولى إذا مات أو أسلم بعد دخولها لأنه أدّاه بعد الوجوب. قال (ولا ينتقض عهدهم إلا باللحاق بدار الحرب ، أو إن تغلبوا على موضع فيحاربوننا فتصير أحكامهم كالمرتدين ، إلا أنه إذا ظفرنا بهم نسترقهم ولا نجبرهم على الإسلام) لأنهم إذا صاروا حربا علينا فلا فائدة فى عقد الذمة فيصيرون كالمرتدين وما لهم كمالهم إلا أنهم يسترقون ولا يجبرون على قبول الذمة ، لأن المقصود أن يصيروا من أهل دارنا سلما لنا وأنه يحصل بالاسترقاق ؛ والمقصود من المرتدّة العود إلى الإسلام ولا تحصل إلا بالجبر ، فإن عادوا إلى الذمة أخذوا بحقوق العباد التى كانت عليهم قبل النقض كما فى الردّة ، ولا يؤاخذون بما أصابوا فى المحاربة . قال (ويؤخذ أهل الجزية بما يتميزون به عن المسلمين فى ملابسهم ومراكبهم) قال أبو حنيفة : ينبغى أن لايترك أحد من أهل الذمة يتشبه بالمسلمين فى لباسه ومركبه ولا فى هيئته . والأصل فى ذلك أن عمر رضى الله عنه كتب إلى أمرا الأجناد يأمرهم أن يأمروا أهل الذمة أن يختموا رقابهم بالرصاص وأن يظهروا مناطقهم وأن يحلقوا نواصيهم ولا يتشبهوا بالمسلمين فى أثوابهم . وروى أنه صالح أهل الذمة على أن يشدّوا فى أوساطهم الزنار ، وكان بحضرة من الصحابة من غير نكير ، ولأن المسلم

وَلا يَرْكَبُونَ الْخَيْلَ إلاَّ لِضَرُورَةٍ وَلا يَحْمِلُونَ السِّلاحَ ، وَلا تُحْدَثُ كَنِيسَةٌ وَلا صَوْمَعَةٌ وَلا بِيْعَةٌ فِى دارِ الإسْلامِ ، وَإذَا انْهَدَمَتِ القَدِيمَةُ أعادُوها ،

يجب تعظيمه وموالاته وبدايته بالسلام والتوسعة عليه فى الطريق والمجالس والكافر يعامل بضدّ ذلك . قال عليه الصلاة والسلام « لاتبدءوهم بالسلام وألجئوهم إلى أضيق الطرق » فإذا لم يتميزوا عن المسلمين فيما ذكرنا ربما عظمنا الكافر وواليناه وبدأناه بالسلام ظنا منا أنه مسلم وذلك لايجوز ، فوجب تمييزهم بما ذكرنا احترازا عن ذلك ، ولأن السيماء يستدلّ بها على حال الإنسان ، قال تعالى ـ تعرفهم بسيماهم ـ وقالت الفقهاء : من رأينا عليه زىّ الفقر جاز لنا دفع الزكاة إليه ، ويؤخذ كل واحد أن يجعل فى وسطه كستيجا مثل الخيط الغليظ من الشعر أو الصوف ويكون غليظا ليظهر للرائى ، ولا يلبسوا العمائم ويلبسوا قميصا خشنا جيوبهم على صدورهم ، وأن يلبسوا القلانس الطوال المضرّبة ، وأن يركبوا السروج التى على قربوسه مثل الرمانة . وفى الجامع الصغير كهيئة الأكفّ ، وأن يجعلوا شراك نعالهم مثلنا ولا يحذوها مثل المسلمين ، ولا يلبسوا طيالسة ولا أردية مثل المسلمين (ولا يركبون الخيل إلا لضرورة) فإن دعت يركبون على ما وصفنا ، وينزلون فى مجامع المسلمين (ولا يحملون السلاح) لأنهم أعداء المسلمين ، ويمنعون من لباس يختصّ به أهل الشرف والعلم والدين ، ويجب أن تميز نساؤهم من نساء المسلمين حال المشى فى الطرق والحمامات ، فيجعل فى أعناقهن طوق الحديد ، ويخالف إزارهنّ إزار المسلمات ، ويكون على دورهم علامات تميز بها عن دور المسلمين لئلا يقف عليهم السائل فيدعو لهم بالمغفرة . فالحاصل أنه يجب تمييزهم بما يشعر بذلهم وصغارهم وقهرهم بما يتعارفه كلّ بلدة وزمان . قال (ولا تحدث كنيسة ولا صومعة ولا بيعة فى دار الإسلام) قال عليه الصلاة والسلام « لاخصاء فى الإسلام ولا كنيسة » والمراد إحداث الكنيسة فى دار الإسلام . وقوله « لاخصاء » هو الاعتزال عن النساء كما يفعله الرهبان فكأنه خصاء معنى (وإذا انهدمت القديمة أعادوها) لأنهم أقرّوا عليها ، والبناء لايتأبد ، ولا بدّ من خرابه ، فلما أقرّهم عليها فقد التزم لهم إعادتها ، وليس لهم أن يحوّلوها لأنه إحداث لاإعادة ، ثم قيل إنما يمنعون فى الأمصار ، أما القرى التى لاتقام فيها الجمع والحدود لايمنعون من ذلك ولا من بيع الخمر والخنزير فيها ، وهذا فى القرى التى أكثرها ذمة ، أما قرى المسلمين فلا يجوز ذلك ، وأما أرض العرب فيمنعون من ذلك فى المصر والقرى . قال محمد : لاينبغى أن يترك فى أرض العرب كنيسة ولا بيعة ، ولا يباع فيها خمر وخنزير مصرا كانت أو قرية ، ويمنع المشركون أن يتخذوا أرض العرب مسكنا أو وطنا ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لايجتمع دينان فى أرض العرب» ويمنعون من إظهار الفواحش والربا والمزامير والطنابير

وَيُؤْخَذُ مِنْ نَصَارَى بَنِى تَغْلِبِ ضِعْفُ زَكَاةِ المُسْلِمِينَ ، وَيُؤْخَذُ مِنْ نِسَائِهِمْ وَيُضَعَّفُ عَلَيْهِمُ العُشْرُ ، وَمَوْلاهُمْ فى الجِزْيَةِ وَالخَرَاجِ كَمَوْلَى القُرَشِيِّ ، وَتُصْرَفُ الجِزْيَةُ وَالخَرَاجُ وَمَا يُؤْخَذُ مِنْ بَنِى تَغْلِبِ وَمِنَ الأَرَاضِي الَّتِى أُجْلِيَ أَهْلُهَا عَنْهَا، وَمَا أَهْدَاهُ أَهْلُ الحَرْبِ إِلى الإمامِ فى مَصَالِحِ المُسْلِمِينَ ، مِثْلِ أَرْزَاقِ المُقَاتِلَةِ وَذَرَارِيهِمْ ، وَسَدِّ الثُّغُورِ ، وَبِناءِ القَنَاطِرِ وَالجُسُورِ ، وَإِعْطاءِ القُضَاةِ وَالمُدَرِّسِينَ وَالعُلَماءِ وَالمُفْتِينَ وَالعُمَّالِ قَدْرَ كِفايَتِهِمْ

والغناء وكلّ لهو محرّم فى دينهم ، لأن هذه الأشياء كبائر فى جميع الأديان لم يقرّوا عليها بالأمان ؛ وإن حضر لهم عيد لايخرجون فيه صلبانهم ، وليصنعوا ذلك فى كنائسهم ولا يخرجوه من الكنائس حتى يظهر فى المصر لأنه معصية وفى إظهاره إعزاز للكفر ، وأما الكنائس فلا يمنعون منه كما لايمنعون من إظهار الكفر فيها ، وعلى هذا ضرب الناقوس يفعلونه فى الكنائس لما قلنا ، ولا يمكنون من إظهار بيع الخمر والخنزير فى أمصار المسلمين لأنه معصية فيمنع منه كسائر المعاصى ، وكذلك فى قرى المسلمين لما بينا . قال (ويؤخذ من نصارى بنى تغلب ضعف زكاة المسلمين ، ويؤخذ من نسائهم ، ويضعف عليهم العشر) لأن عمر رضى الله عنه صالحهم على أن يأخذ منهم ضعف زكاة المسلمين على ما قررناه فى الزكاة ، فلهذا يؤخذ من نسائهم دون صبيانهم ، لأن الزكاة تجب على نساء المسلمين دون صبيانهم . قال (ومولاهم فى الجزية والخراج كمولى القرشى) لأن الصلح وقع مع التغلبى تخفيفا فلا يلحق به المولى ، ألا ترى أن الجزية توضع على مولى المسلم إذا كان نصرانيا . قال (وتصرف الجزية والخراج وما يؤخذ من بنى تغلب ومن الأراضى التى أجلى أهلها عنها وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام فى مصالح المسلمين) لأنه مال وصل إلى المسلمين بغير قتال فيكون لبيت مالهم معدّا لمصالحهم ، وذلك (مثل أرزاق المقاتلة وذراريهم ، وسدّ الثغور ، وبناء القناطر والجسور ، وإعطاء القضاة والمدرّسين والعلماء والمفتين والعمال قدر كفايتهم) أما سدّ الثغور وبناء القناطر والجسور فمصلحة عامة ؛ وأما أرزاق من ذكر فلأنهم يعملون للمسلمين فيجب كفايتهم عليهم ؛ والمقاتلة يقاتلون لنصرة الإسلام والمسلمين وإعزاز كلمة الدين ولتكون كلمة الله هى العليا ، فيجب على الإمام والمسلمين كفايتهم وكفاية ذريتهم ، إذ لو لم يكفوا لاشتغلوا بالاكتساب للكفاية فلا يتخلون للقتال . وأما القضاة والباقون فقد حبسوا أنفسهم لمصالح المسلمين لفصل خصوماتهم وبيان محاكماتهم وتعليمهم أحكام شريعتهم وما يأتونه ويذرونه فى أقوالهم وأفعالهم ، وما يتعلق به من مصالح دينهم ودنياهم ، وذلك من أهم مصالحهم وأعمها ، فكانت كفايتهم عليهم نقيام مصالحهم أصله القاضى والزوجة على ما عرف .

فصـــل

أَرْضُ العَرَبِ أرْض عُشْرٍ ، وَهِيَ ما بَيْنَ العُذَيْبِ إلى أقْصَى حَجَرٍ بِاليَمَنِ بِمَهْرَةَ إلى حَدِّ الشَّامِ . وَالسَّوَادُ أرْضُ خَرَاجٍ ، وَهِيَ ما بَيْنَ العُذَيْبِ إلى عَقَبَةِ حُلْوَانَ ، وَمِنَ العَلْثِ أوِ الثَّعْلَبِيَّةِ إلى عَبَّادَانَ . وَأرْضُ السَّوَادُ مَمْلُوكَةٌ لِأهْلِها يَجُوزُ تَصَرُّفُهُمْ فِيها : وكُلُّ أرْضٍ أسْلَمَ أهْلُها عَلَيْها أوْ فُتِحَتْ عَنْوَةً وَقُسِمَتْ بَيْن الغَانِمِينَ فَهِيَ عَشْرِيَّةٌ وَما فُتِحَ عَنْوَةً وأقَرَّ أهْلَها عَلَيْها أوْ صَالَحَهُمْ فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ سِوَى مَكَّةَ شَرَّفَها اللهُ تَعالى .

وَمَنْ أحْيا مَوَاتا يُعْتَبَرُ بِحَيِّزِها (م) ، .

فصـــل

(أرض العزب أرض عشر ، وهى ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حدّ الشام) لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين لم يضعوا الخراج على أرض العرب ولأن من شرط الخراج أن يقرّ أهلها على الكفر ، ومشركو العرب لايقرّون على الكفر على ما قدمناه . قال (والسواد أرض خراج ، وهى ما بين العذيب إلى عقبة حلوان ، ومن العلث أو الثعلبية إلى عبادان) لأنه يجوز إقرارهم على الكفر فقد وجد شرط الخراج ، ولأن عمر رضى الله عنه فتح سواد العراق ووضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة ،وأجمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام ، وكذلك وضع عمر رضى الله عنه على مصر الخراج حين فتحها عمرو بن العاص . قال (وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز تصرّفهم فيها) لما بينا أن الإمام إذا فتح بلدة قهرا له أن يقرّ أهلها عليها ويضع عليهم الخراج ، فاذا أقرّهم عليها بقيت مملوكة لهم فيجوز تصرّفهم فيها بيعا وشراء وإجارة وغير ذلك كسائر الملاك والأملاك . قال (وكل أرض أسلم أهلها عليها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهى عشرية) لأنّ وضع العشر على المسلم ابتداء أليق به من الخراج لما فيه من معنى العبادة على ما بيناه فى الزكاة ، ولأنه أخفّ لأنه يتعلق بالخارج ، فان أخرجت الأرض شيئا وجب عشره وإلا فلا (وما فتح عنوة وأقرّ أهلها عليها أو صالحهم فهى خراجية سوى مكة شرّفها الله تعالى) لأن وظيفة الأرض فى الأصل الخراج ، وإنما صرنا إلى العشر فى حقّ المسلم تخفيفا عليه وتكرمة له وفيما عدا ذلك تبقى خراجية ، ولأن وضع الخراج على الكافر ابتداء أليق به ؛ وأما مكة فالنبيّ عليه الصلاة والسلام خصها ، وذلك لأنه حيث افتتحها عنوة تركها ولم يضع عليها الخراج . قال (ومن أحيا مواتا يعتبر بحيزها) فان كانت تقرب

وَلا يَجْتَمِعُ عُشْرٌ وَخَرَاجٌ فى أرْضٍ وَاحِدَةٍ ، وَلا يَتَكَرَّرُ الْخَرَاجُ بِتَكَرُّرِ الخَارِجِ ، وَالعُشْرُ يَتَكَرَّرُ ؛ وَإذَا غَلَبَ المَاءُ عَلى أرْضِ الْخَرَاجِ أوِ انْقَطَعَ عَنْهَا أوْ أصَابَ الزَّرْعَ آفَةٌ فَلا خَرَاجَ ، وَإنْ عَطَّلَهَا مَالِكُهَا فَعَلَيْهِ خَرَاجُهَا .

من أرض العشر فعشرية ، وإن كانت تقرب من أرض الخراج فخراجية ، وهذا عند أبى يوسف ، لأن ما يقرب من الشىء يعطى حكمه : كفناء الدار وحريم البئر والشجرة ونحو ذلك ؛ والقياس فى البصرة الخراج لأنها من حيز أرضه ، إلا أن الصحابة رضى الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لذلك . وقال محمد : إن أحياها بماء العشر فعشرية ، وإن أحياها بماء الخراج فخراجية ، لأن الخراج لايوظف على المسلم إلا بالتزامه ، فاذا ساق إليها ماء الخراج فقد التزم الخراج ، وإلا فلا ؛ وكلّ أرض خراج انقطع عنها ماء الخراج فسقيت بماء العشر فهى عشرية ، وكل أرض عشرية انقطع عنها ماء العشر فسقيت بماء الخراج فخراجية اعتبارا بالماء إذ هو سبب النماء . قال (ولا يجتمع عشر وخراج فى أرض واحدة) لقوله عليه الصلاة والسلام « لايجتمع عشر وخراج فى أرض مسلم » ولم ينقل عن أحد من أئمة العدل والجور ذلك فكفى بهم حجة ، ولأن العشر يجب فى أرض فتحت قهرا ، والخراج فى أرض أقرّ أهلها عليها وإنهما متنافيان . قال (ولا يتكرّر الخراج بتكرّر الخارج والعشر يتكرّر) لأن عمر رضى الله عنه لم يوظف الخراج مكرّرا ، ولأن الخراج للأرض كالأجرة ، فاذا أدّاها فله أن ينتفع بها ما شاء ويزرعها مرارا . أما العشر فمعناه أن يأخذ عشر الخارج ولا يتحقق ذلك إلا بوجوبه فى كلّ خارج . قال (وإذا غلب الماء على أرض الخراج أو انقطع عنها أو أصاب الزرع آفة فلا خراج) وكذلك إن منعه إنسان من الزراعة ، لأن المعتبر فى الخراج النماء التقديرى وهو التمكين من الزراعة كما فى الأرض المستأجرة ، وفى العشر حقيقة الخارج ، وفيما إذا أصاب الزرع آفة فات النماء التقديرى فى بعض السنة ، وكونه ناميا فى جميع السنة شرط كما فى الزكاة ، وإن أخرجت الأرض مثلى الخراج فصاعدا يؤخذ منه جميع الخراج ، وإن أخرجت قدر الخراج يؤخذ نصفه تحرّزا عن الإجحاف بأحد الجانبين . قال (وإن عطلها مالكها فعليه خراجها) لأن الخراج متعلق بالتمكين من الزراعة لابحقيقة الخارج والتمكين ثابت وهو الذى فوّته ، ولو انتقل إلى أخسّ الأمرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى . قالوا : ولا يفتى بهذا كيلا تتجرى الظلمة على أموال الناس .

واعلم أن الخراج كان وظيفة مشروعة فى الجاهلية كفاية للمقاتلة وكانت رسم كسرى ، فصارت شريعة لنا باجماع الصحابة رضى الله عنهم ، وهو ما روى أن عمر رضى الله عنه لما فتح سواد العراق تركها على أربابها وبعث عثمان بن حنيف ليمسح الأراضى وجعل عليها

وَالخَرَاجُ : مُقَاسَمَةٌ فَيَتَعَلَّقُ بِالخَارِجِ كَالعُشْرِ . وَوَظِيفَةٌ وَلَا يُزَادُ عَلَى مَا وَظَّفَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، وَهُوَ عَلَى كُلِّ جَرِيبٍ يَبْلُغُهُ المَاءُ صَاعٌ وَدِرْهَمٌ ، وَجَرِيبُ الرَّطْبَةِ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ ، وَالكَرْمِ وَالنَّخْلِ المُتَّصِلِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ ، وَمَا لَمْ يُوَظِّفْهُ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ يُوضَعُ عَلَيْهِ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ ، وَنِهَايَةُ الطَّاقَةِ نِصْفُ الخَارِجِ فَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ ، وَيُنْقَصُ مِنْهُ عِنْدَ العَجْزِ ،

حذيفة بن اليمان مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب فوظف على كل جريب أرض بيضاء تصلح للزراعة درهما وقفيزا مما يزرع ، وعلى كل جريب رطبة خمسة دراهم وعلى كل جريب كرم عشرة دراهم وذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان إجماعا . قال (والخراج) نوعان (مقاسمة فيتعلق بالخارج كالعشر) وهو أن يمن الإمام على أهل بلدة فتحها فتجعل على أراضيهم مقدار ربع الخارج أو ثلثه أو نصفه ، ولا يزيد على النصف لأن التقدير ورد بالنصف وهو ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أعطى خيبر لأهلها معاملة بالنصف ، وحكمه حكم العشر إلا أنه يوضع موضع الخراج لأنه خراج حقيقة (و) خراج (وظيفة ولا يزاد على ما وظفه عمر رضى الله عنه ، وهو على كل جريب يبلغه الماء صاع ودرهم ، وجريب الرطبة خمسة دراهم ، والكرم والنخل المتصل عشرة دراهم) على ما روينا ، ولأن المؤن متفاوتة ، والوظيفة تتفاوت بتفاوت المؤنة ، ألا ترى أن الواجب فيما سقته السماء العشر ، وما سقى بالدولاب نصف العشر ، والكرم خفيف المؤن ، والمزارع أكثر ، والرطبة بينهما ، فوظف على كل نوع بقدره كما تقدم (ومالم يوظفه عمر رضى الله عنه يوضع عليه بحسب الطاقة) كالزعفران وغيره (ونهاية الطاقة نصف الخارج فلا يزاد عليه ، وينقص منه عند العجز) قال عمر رضى الله عنه : لعلكما حملتما الأرض مالا تطيق ؟ قالا : لا ولو زدنا لأطاقت ، وأنه دليل جواز النقصان ، ولا تجوز الزيادة على ما وظفه عمر رضى الله عنه فى سواد العراق لأنه خلاف إجماع الصحابة ، وما وظفه إمام آخر فى أرض كتوظيف عمر رضى الله عنه باجتهاد فلا ينقص باجتهاد مثله ؛ ولو وظف على أرض ابتداء تجوز الزيادة على ما وظفه عمر رضى الله عنه بقدر الطاقة عند محمد ، لأنه إنشاء حكم باجتهاد وليس فيه نقض حكم ، ولا يجوز عند أبى يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة ، لأن الخراج مقدر شرعا ، واتباع إجماع الصحابة واجب لأن المقادير لاتعرف إلا توقيفا ، والتقدير يمنع الزيادة لأن النقصان يمتنع ، فتعين منع الزيادة لئلا يخلو التقدير عن الفائدة ، والجريب الذى فيه أشجار مثمرة ملتفة لايمكن زراعتها . قال محمد : يوضع عليه بقدر مايطيق لأنه لم يرد عن عمر فى البستان تقدير فكان مفوضا إلى الإمام ، وقال أبو يوسف لايزاد على الكرم لأن البستان بمعنى الكرم فالوارد

وَإِذَا اشْتَرَى الْمُسْلِمُ أَرْضَ خَرَاجٍ أَوْ أَسْلَمَ الذِّمِّيُّ أُخِذَ مِنْهُ الْخَرَاجُ .

فصـــل

وَإِذَا ارْتَدَّ الْمُسْلِمُ ، وَالعِيَاذُ بِاللهِ ، يُحْبَسُ وَيُعْرَضُ عَلَيْهِ الإِسْلَامُ وَتُكْشَفُ شُبْهَتُهُ ، فَإِنْ أَسْلَمَ وَإِلَّا قُتِلَ ،

فى الكرم وارد فيه دلالة ، وإن كان فيه أشجار متفرّقة فهى تابعة للأرض ، ألا يرى أنه يتبعها فى البيع من غير تسمية . وعن محمد أن الخراج يجب عند بلوغ الغلة على اختلاف البلدان لأنه كالبدل عن الخارج ، وله أن يحول بينه وبين غلته حتى يستوفى الخراج بقدر مايستوفى ربّ الأرض الخارج تحقيقا للمساواة . قال (وإذا اشترى المسلم أرض خراج ، أو أسلم الذمى أخذ منه الخراج) لأنه وظيفة الأرض فلا يتغير بتغير المالك لما مرّ فى الزكاة ؛ ومن عجز عن زرع أرض وعن الخراج تؤجر أرضه ويؤخذ الخراج من الأجرة فان لم يكن من يستأجرها باعها الإمام وأخذ الخراج وردّ عليه الباقى بالإجماع ، لأن فيه ضررا خاصا لنفع عام فيجوز . وعن أبى حنيفة فى النوادر : لو هرب أهل الخراج إن شاء الإمام عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين ، وإن شاء دفعها إلى قوم على شىء وكان ما يأخذه للمسلمين لأن فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على صاحبه ، فان لم يجد من يزرعها باعها على ما بينا . ومن أدّى العشر والخراج إلى مستحقه بنفسه فللإمام أخذه منه ثانيا لأن حقّ الأخذ له ؛ ولو لم يطلب الإمام الخراج يتصدّق به على الفقراء ، لأنه إذا لم يطلبه تعذّر الأداء إليه فبقى طريقه التصدّق به ليخرج عن العهدة ؛ ولوترك السلطان الخراج أو العشر لرجل جاز فى الخراج دون العشر عند أبى يوسف . وقال محمد : لايجوز فيهما لأنهما فئ لجماعة المسلمين . ولأبى يوسف أن له حقا فى الخراج فصحّ تركه وهو صلة منه ، والعشر حقّ الفقراء على الخلوص فلا يجوز تركه ، وعليه الفتوى . الصاع : أربعة أمنان . والمنّ : مائتان وستون درهما . والدرهم من أجود النقود . والجريب : ستون ذراعا فى ستين بذراع الملك كسرى ، وأنه يزيد على ذراع العامة بقبضة . وقيل هذا جريب سواد العراق ؛ فأما جريب أرض كلّ بلدة ما هو المتعارف عندهم .

فصـــل

(وإذا ارتدّ المسلم والعياذ بالله) عن الإسلام (يحبس ويعرض عليه الإسلام وتكشف شبهته ، فان أسلم وإلا قتل) أما حبسه وعرض الإسلام عليه فليس بواجب لأنه بلغته الدعوة ؛ والكافر إذا بلغته الدعوة لاتجب أن تعاد عليه فهذا أولى ، لكن يستحبّ ذلك ،

فانْ قَتَلَهُ قاتِل قَبْلَ العَرْض لاشَيْءَ عَلَيْهِ . وإسْلامُهُ أنْ يأتى بالشّهادَتَيْن وَيَتَبرّأَ عَنْ جَميع الأدْيان سِوَى دِين الإسْلام أوْ عَمّا انْتَقَلَ إلَيْهِ ، وَيزُولُ (سم) مِلْكُهُ عَنْ أمْوَالِه زَوَالاً مُرَاعًى ، فانْ أسْلَمَ عادَتْ إلى حالِهَا ،

لأن الظاهر إنما ارتدّ لشبهة دخلت عليه أو ضيم أصابه فيكشف ذلك عنه ليعود إلى الإسلام وهو أهون من القتل . وروى مثل ذلك عن عمر ، وقيل إن طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام وإلا قتل للحال لأنه متعنت . وأما وجوب قتله فلقوله تعالى ـ تقاتلونهم أويسلمون ـ والمراد أهل الردّة نقلاعن ابن عباس وجماعة من المفسرين ، وقال عليه الصلاة والسلام « من بدّل دينه فاقتلوه » وقال « لايحلّ دم امرئ مسلم إلا باحدى معان ثلاث » الحديث ، والحرّ والعبد سواء لإطلاق ماذكرنا . قال (فان قتله قاتل قبل العرض لاشيء عليه) لأنه مستحقّ للقتل بالكفر فلا ضمان عليه ، ويكره له ذلك لما فيه من ترك الغرض المستحبّ ، ولما فيه من الافتيات على الإمام . قال (وإسلامه أن يأتى بالشهادتين ويتبرأ عن جميع الأديان سوى دين الإسلام أو عما انتقل إليه) لحصول المقصود بذلك ، فان عاد فارتدّ فحكمه كذلك وهكذا أبدا ، لأنا إنما نحكم بالظاهر ، قال عليه الصلاة والسلام « هلا شققت عن قلبه » وكان صلى الله عليه وسلم يقبل من المنافقين ظاهر الإسلام ، ولأن توبته قبلت أوّل مرّة باظهار الإسلام وأنه موجود فيما بعد فتقبل . قال (ويزول ملكه عن أمواله زوالا مراعى ، فان أسلم عادت إلى حالها) وقالا : هى على ملكه لأنه مكلف محتاج فيبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص ، وله أنه كافر مقهور تحت أيدينا مباح الدم ، وأنه يوجب زوال الملك والمالكية ، إلا أنه يرتجى إسلامه وهو مدعوّ إليه فيوقف أمره فان عاد صار كأن لم يزل مسلما وإن مات أوقتل أولحق بدار الحرب استقركفره فعمل السبب عمله .

اعلم أن تصرّفات المرتدّ أربعة أقسام : نافذ بالاتفاق كالطلاق والاستيلاد وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لأنه لايفتقر إلى تمام الولاية ولا إلى حقيقة الملك . وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة للمرتدّ . وموقوف بالإجماع كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة ، فان أسلم حصلت المساواة وإلا بطلت فيوقف لذلك . ومختلف فيه كالبيع والشراء والعتق والتدبير والكتابة والهبة والوصية وقبض الديون فهى موقوفة عند أبى حنيفة إن أسلم نفذت ، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت . وعندهما هى جائزة ، وهو بناء على اختلافهم فى ملكه على مابينا . لهما أنه أهل للتصرّفات لكونه مخاطبا وملكه ثابت لما بينا فيصحّ تصرّفه إلا عند أبى يوسف يجوز كما يجوز من الصحيح ، لأن الظاهر عوده إلى الإسلام بزوال شبهته . وعند محمد يجوز من المريض من الثلث ، لأن ردّته تفضى إلى القتل غالبا ، لأن من انتحل نحلة قلما يتركها سيما وقد أعرض

وَإِنْ ماتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ وَحُكِمَ بِلَحَاقِهِ عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وأُمَّهَاتُ أَوْلادِهِ وَحَلَّتِ الدُّيُونُ الَّتِي عَلَيْهِ وَنُقِلَتْ أَكْسابُهُ فِى الإِسْلامِ إِلَى وَرَثَتِهِ المُسْلِمِينَ ، وأَكْساب الرِّدَّةِ فَىْءٌ (سم) ، وَتُقْضَى دُيُونُ الإِسْلامِ مِنْ كَسْبِ الإِسْلامِ ، وَدُيُونُ الرِّدَّةِ مِنْ كَسْبِها (سم) ، فانْ عادَ مُسْلِما فَمَا وَجَدَهُ فِى يَدِ وَارِثِهِ مِنْ مالِهِ أَخَذَهُ .

عما نشأ عليه وألفه ، وله أن ملكه موقوف على ما تقدم ، وتصرفه بناء عليه فيتوقف ، وإباحة ملكه توجب خللا فى الأهلية فلذلك توقف تصرفاته . قال (وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون التى عليه ونقلت أكسابه فى الإسلام إلى ورثته المسلمين ، وأكساب الردة فىء) .

اعلم أن باللحاق بدار الحرب يصير من أهل الحرب ، وهم أموات فى حق أحكام الإسلام لانقطاع الولاية وعدم الإلزام كما انقطعت عن الميت الحقيقى ، إلا أنه لايستقر اللحاق إلا بالقضاء لاحتمال العود ، ولأن انقطاع الحقوق باللحاق مختلف فيه فيتوقف حكمه على القضاء كغيره من المجتهدات ، فاذا قضى به ثبت موته الحكمى فيترتب عليه أحكام الموت وهى ما ذكرنا كالموت الحقيقى ، ومكاتبه يؤدى بدل الكتابة إلى ورثته كما إذا مات حقيقة . وأما الميراث فكسب الإسلام لورثته المسلمين باجماع الصحابة هكذا قضى على (١) رضى الله عنه فى مال المستورد والعجلى حين قتله مرتدا من غير نكير من أحد من الصحابة. وعن ابن مسعود مثله ، وكسب الردة فىء . وقالا : لهم أيضا بناء على أن ملكه ثابت عندهما فى الكسبين ، ويستند إلى ما قبل الردة حتى يكون توريث المسلم من المسلم ، لأن الردة سبب الموت . وله أن الاستناد ممكن فى كسب الإسلام لا فى كسب الردة لأنه وجد بعدها فلا يتصور إسناده إلى ما قبلها ولأنه كسب مباح الدم فيكون فيئا كالحربى ، ثم فى رواية عن أبى حنيفة ، وهو قول زفر يعتبر ورثته يوم ارتد لأنه سبب الموت ، وعنه وهو قول محمد وهو ظاهر الرواية يوم الموت أو اللحاق لأنه سبب الإرث والقضاء لتقريره لقطع الاحتمال ، وفى رواية وهو قول أبى يوسف يوم القضاء ، لأن به يتقرر الاستحقاق وبه يصير اللحاق موتا وتبطل وصاياه عند أبى حنيفة ، لأن ردته كالرجوع عنها . وقالا : تبطل وصاياه فى القرب لاغير . قال (وتقضى ديون الإسلام من كسب الإسلام ، وديون الردة من كسبها) وقالا : تقضى ديونه من الكسبين لأنهما جميعا ملكه عندهما . وله أنه يقضى كل دين مما اكتسبه فى تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم . قال (فان عاد مسلما فما وجده فى يد وارثه من ماله أخذه) لأنه إذا عاد مسلما فقد عاد حيا فعادت الحاجة والخلافة

---

(١) فى نسخة : عمر .

وَإسْلامُ (ز) الصَّبِيِّ العاقِلِ وَارْتِدَادُهُ صَحِيحٌ (س ز) ، و يُجْبَرُ عَلى الإسْلامِ وَلا يُقْتَلُ ،

إنما تثبت للوارث لاستغنائه ، فاذا عادت حاجته تقدّم على الوارث وجميع ما فعله القاضى إلا ما ذكرنا ولأنه ملكه بغير عوض فجاز أن يثبت له حق الرجوع ما دام على ملكه كالهبة ، ولا رجوع له فى شىء زال عن ملك الوارث كالموهوب ، وسواء زال بما يلحقه الفسخ كالبيع ونحوه ، أوما لايلحقه الفسخ كالعتق ؛ وكذا لاسبيل له على من حكم الحاكم بعتقه لأنه لايلحقه الفسخ ؛ وكذا المكاتب إذا عتق بالأداء إلى الورثة ويأخذ البدل من الورثة إن كان قائما كغيره من الأموال ، ولو لم يقض القاضى بشىء حتى رجع مسلما لايثبت شىء مما ذكرنا لأنه ما لم يتصل القضاء باللحاق لايحكم بموته . قال (وإسلام الصبيّ العاقل وارتداده صحيح ، ويجبر على الإسلام ولا يقتل) وكذا إذا بلغ يجبر ولا يقتل . وجملته أن إسلام الصبيّ الذى يعقل الإسلام وردّته صحيحان. وقال أبويوسف : إسلامه صحيح وردته لاتصحّ . وقال زفر : لايصحان لأن طريقهما الأقوال ، وأقواله غير صحيحة لايتعلق بها حكم كالطلاق والعتاق والإقرار والعقود . ولأبى يوسف أن الإسلام فيه نفعه والكفر فيه ضرره ، ويجوز تصرّفه النافع كقبول الهبة ولا يجوز الضارّ كالهبة ، ولهذا قلنا إن الولىّ يجيز تصرّفه النافع دون الضارّ . ولهما أن عليا رضى الله عنه أسلم وهو صبىّ ، وصحح النبىّ عليه الصلاة والسلام إسلامه وافتخر به فقال :

سبقتكمو إلى الإســـلام طرّا صغيرا ما بلغت أوان حلم

ولأن الإسلام يتعلق به كمال العقل دون البلوغ ، بدليل أن من بلغ غير عاقل لم يصحّ إسلامه ، والعقل يوجد من الصغير كما يوجد من الكبير ، ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو التصديق مع الإقرار ، لأن الإقرار طائعا دليل الاعتقاد والحقائق لاتردّ ، وإذا صار مسلما فاذا ارتدّ تصحّ كالبالغ ، ولأن الإسلام عقد والردّة حله ، وكل من ملك عقدا ملك حله كسائر العقود ، ولأن من كان بيده الاعتقاد تصوّر منه تبديله ، فاذا اقترن به الاعتراف دل على تبديل الاعتقاد كالإسلام ؛ وإذا ثبتت ردته ترتب عليه أحكام الردّة لايرث ولا يورث وتبين امرأته ، ولا يصلى عليه لو مات مرتدّا ويجبر على الإسلام ، لأنا لما حكمنا باسلامه لايترك على الكفر كالبالغ ، ولأن بالجبر يندفع عنه مضرّة حرمان الإرث وبينونة الزوجة وغير ذلك ، وإنما لايقتل لأن كلّ من لايباح قتله بالكفر الأصلى لايباح بالردّة لأن إباحة القتل بناء على أهلية الحراب على ما عرف ولأن القتل عقوبة وهو ليس من أهلها ولأن القتل لايتعلق بفعل الصبىّ كالقصاص . وإذا كان الصبىّ لايعقل لايصحّ إسلامه ولا ارتداده وكذلك المجنون لأن الإسلام والكفر يتبعان العقل على ما بينا ، وكذلك من

وَالمُرْتَدَّةُ لاتُقْتَلُ ، وتُحْبَسُ وتُضْرَبُ فى كُلِّ الأيَّامِ حَتَّى تُسْلِمَ ، وَلَوْ قَتَلَهَا إنْسانٌ لاشَيْءَ عَلَيْهِ وَيُعَزَّرُ ، وتَصَرُّفُها فى مالِهَا جائِزٌ ، فانْ لَحِقَتْ أوْ ماتَتْ فَكَسْبُها لِوَرَثَتِها .

غلب على عقله بوجه من الوجوه كالمبرسم والمعتوه ومن سقى شيئا فزال عقله لما بينا ، ومن يجن ويفيق ففى حال جنونه له أحكام المجانين ، وفى حال إفاقته أحكام العقلاء ، وردة السكران ليست بشيء استحسانا ، وإسلامه صحيح لأنه يحتمل أن يكون عن اعتقاد أولا ، والإسلام يحتال فى إثباته والكفر فى نفيه فافترقا . والقياس أن تبين امرأة السكران لأن الكفر سبب للفرقة كالطلاق . وجه الاستحسان أن الردة ليست بفرقة ، وإنما تقع الفرقة لاختلاف الدين وردته ليست بصحيحة فلا يختلف الدين . وروى بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة فى صبى أبواه مسلمان كبر كافرا ولم يسمع منه الإقرار بالإسلام بعد ما بلغ ، قال : لايقتل ويجبر على الإسلام ، وإنما يقتل من أقر بالإسلام بعد ما بلغ ثم كفر ، لأن الأول لم تجب عليه الحدود لأنه لم يصر مسلما بفعله وإنما بالتبعية وحكم أكسابه كالمرأة . قال (والمرتدة لاتقتل ، وتحبس وتضرب فى كل الأيام حتى تسلم) ومعناه يعرض عليها الإسلام ، فان أبت ضربها أسواطا ثم يعرض عليها الإسلام فإن أبت حبسها . وفى رواية تخرج كل يوم وتضرب على ما وصفنا ، لأنه لم يجز قتلها وقد ارتكبت جريمة عظيمة ولا حد فيها فتعزر ، والتعزير الضرب والحبس ، وإنما لاتقتل لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء مطلقا ، ولأن كفرها الأصلى لايبيح دمها لأنها ليست من أهل القتال فكذلك الكفر الطارئ . وقد بينا فى أول السير أن السبب الموجب للقتل أهليته للقتال ، وأن النبى عليه الصلاة والسلام نبه على أنه السبب بقوله « مالها قتلت ولم تقاتل ؟ » وحديث « من بدل دينه فاقتلوه » رواه ابن عباس ، ومذهبه أن المرتدة لاتقتل فدل على تقييده بالرجال . قال (ولو قتلها إنسان لاشيء عليه) لأنه اعتمد إطلاق النص وهو مذهب جماعة من العلماء لكن يؤدب (ويعزر) إن كانت فى دار الإسلام لافتياته على الإمام . قال (وتصرفها فى مالها جائز) إن كانت فى دار الإسلام ، لأنها تصرفت فى خالص حقها ، لأن عصمة المال تتبع عصمة النفس ، وعصمة نفسها لم تزل ، وبعد اللحاق زالت عصمة نفسها ، ولهذا لاتسترق ما دامت فى دار الإسلام ، لأن دار الإسلام ليست بدار استرقاق ، وإن لحقت ثم سبيت استرقت وأجبرت على الإسلام ، لأن الصحابة استرقوا نساء بنى حنيفة بعد ما ارتدوا وأم محمد بن الحنفية منهم ، ولا تقتل كالأصلية (فان لحقت أو ماتت) فى الحبس (فكسبها لورثتها) إذ ملكها ثابت فيهما لما بينا فينتقلان إلى ورثتها ، ولا ميراث لزوجها لأنها بانت بالردة ولم تصر مشرفة على الهلاك فلا تكون فارة ، وله أن يتزوج

فصـــل

الكافِرُ إذَا صَلَّى بِجَمَاعَةٍ أوْ أذَّنَ فى مَسْجِدٍ أوْ قالَ : أنا مُعْتَقِدٌ حَقِيقَةَ الصَّلاةِ فى جَمَاعَةٍ يَكُونُ مُسْلِما .

أختها عقيب لحاقها ، لأنه لاعدّة عليها كالميتة ، فان عادت مسلمة أو سبيت لم ينتقض نكاح الأخت ، لأن نكاحها لايعود بعد ما سقط ، ولها أن تتزوّج من ساعتئذ لعدم العدّة ؛ وإن ولدت بأرض الحرب لأقلّ من ستة أشهر ثبت نسبه من الزوج وهو مسلم تبع لأبيه ؛ وإن ولدت لستة أشهر فصاعدا من حين اللحاق ثم سبيا معا كانا فيئا ، لأن النسب غير ثابت من الزوج لعدم العدّة فيكون الولد كافرا تبعا لها ، والمملوكة تحبس فان كان مولاها محتاجا إلى خدمتها دفعت إليه ويؤمر أن يجبرها على الإسلام ، ويرسل القاضى إليها كلّ يوم من يجلدها على الإسلام جمعا بين المصلحتين .

فصل فيما يصير به الكافر مسلما

والأصل فيه أن الكافر إذا أقرّ بخلاف ما اعتقده حكم باسلامه ، فمن ينكر الوحدانية كالثنوية وعبدة الأوثان والمشركين ، والمانوية إذا قال : لاإله إلا الله ، أو قال : أشهد أن محمدا رسول الله ، أو قال : أسلمت أو آمنت بالله ، أو أنا على دين الإسلام أو على الحنيفية فهذا كله إسلام . وكلّ من آمن بالوحدانية وينكر رسالة محمد كاليهود والنصارى لايصير مسلما بشهادة التوحيد حتى يشهد أن محمدا رسول الله ؛ وطائفة بالعراق يزعمون أن محمدا مرسل إلى العرب لاإلى بنى إسرائيل فلا يكون مسلما بالشهادتين حتى يتبرأ من دينه . ولو قال : دخلت فى الإسلام ، قال بعضهم : يحكم باسلامه لأنه دليل على دخول حادث فى الإسلام وذلك غير ما كان عليه فدلّ على خروجه مما كان عليه ، هكذا ذكره الكرخى فى مختصره ؛ ولو قال : أنا مسلم كان أبوحنيفة يقول : لايكون مسلما حتى يتبرأ، ثم رجع وقال ذلك إسلام منه . قال (والكافر إذا صلى بجماعة أو أذّن فى مسجد، أو قال : أنا معتقد حقيقة الصلاة فى جماعة يكون مسلما) لأنه أتى بما هو من خاصية الإسلام ، كما أن الإتيان بخاصية الكفر يدلّ على الكفر ، فان من سجد لصنم أو تزيا بزنار أو لبس قلنسوة المجوس يحكم بكفره . وعن محمد إذا صلى وحده واستقبل قبلتنا كان مسلما ، ولو لبى وأحرم وشهد المناسك مع المسلمين كان مسلما . أكره الذمىّ على الإسلام فأسلم يصحّ إسلامه ، ولو رجع لايقتل ، ولكن يحبس حتى يرجع إلى الإسلام .

وَإِذَا خَرَجَ قَوْمٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَنْ طَاعَةِ الإِمَامِ وَتَغَلَّبُوا عَلَى بَلَدٍ دَعَاهُم إِلَى الجَمَاعَةِ وَكَشَفَ شُبْهَتَهُمْ ، وَلا يَبْدَؤُهُم بِقِتَالٍ ، فَانْ بَدَءُوهُ قَاتَلَهُمْ حَتَّى يُفَرِّقَ جَمْعَهُمْ ، فَانِ اجْتَمَعُوا وَتَعَسْكَرُوا بَدَأَهُمْ ؛

فصــل

الخوارج والبغاة مسلمون ، قال تعالى ـ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ـ وقال عليّ رضى الله عنه : إخواننا بغوا علينا ، وكلّ بدعة تخالف دليلا يوجب العلم والعمل به قطعا فهو كفر ، وكل بدعة لاتخالف ذلك وإنما تخالف دليلا يوجب العمل ظاهرا فهو بدعة وضلال وليس بكفر . واتفقت الأمة على تضليل أهل البدع أجمع وتخطئتهم . وسبّ أحد من الصحابة وبغضه لايكون كفرا لكن يضلل ، فان عليا رضى الله عنه لم يكفر شاتمه حتى لم يقتله ، وأهل البغي كلّ فئة لهم منعة يتغلبون ويجتمعون ويقاتلون أهل العدل بتأويل ويقولون الحقّ معنا ويدّعون الولاية ، وإن تغلب قوم من اللصوص على مدينة فقتلوا وأخذوا المال وهم غير متأوّلين أخذوا بأجمعهم وليسوا ببغاة ، لأن المنعة إن وجدت فالتأويل لم يوجد . قال (وإذا خرج قوم من المسلمين عن طاعة الإ ام وتغلبوا على بلد دعاهم إلى الجماعة وكشف شبهتهم) لأن عليا رضى الله عنه بعث ابن عباس يدعو أهل حروراء وناظرهم قبل قتالهم ، ويستحبّ ذلك لأنه أهون الأمرين فلعلهم أن يرجعوا به . قال (ولا يبدؤهم بقتال) لأنهم مسلمون (فان بدءوه قاتلهم حتى يفرّق جمعهم) قال تعالى ـ فان بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى ـ الآية ، ولأن عليا رضى الله عنه قاتلهم بحضرة الصحابة ، ولأنهم ارتكبوا معصية بمخالفة الجماعة فيجب صدهم عنها ، ويجوز رميهم بالنبل والمنجنيق وإرسال الماء والنار على النبات ليلا لأنه من آلة القتال . وما روى عن عبد الله بن عمر وجماعة من الصحابة من القعود عن الفتنة فيجوز أنهم كانوا عا جزين عن ذلك ، ومن لاقدرة له لايلزمه . وما روى عن أبى حنيفة أنه قال : ينبغى أن يعتزل الفتنة ، ولا يخرج من بيته إذا لم يكن هناك إمام يدعوه إلى القتال ، فأما إذا دعاه الإمام وعنده غنى وقدرة لم يسعه التخلف . قال (فان اجتمعوا وتعسكروا بدأهم) دفعا لشرّهم لأن فى تركهم تقوية لهم وتمكينا من أذى المسلمين والغلبة على بلادهم . وكان أبو حنيفة يقول : ينبغى للإمام إذا بلغه أن الخوارج يشترون السلاح ويتأهبون للخروج أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويتوبوا ، لأن العزم على الخروج معصية فيزجرهم عنها ،

فاذَا قاتَلَهُمْ فانْ كانَ لَهُمْ فِئَةٌ أجْهَزَ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَاتَّبَعَ مُوَلِّيهِمْ ، وَلا تُسْبَى لَهُمْ ذُرِّيَّةٌ ، وَلا يُغْنَمُ لَهُمْ مالٌ ، وَيَحْبِسُها حَتَّى يَتُوبُوا فَيَرُدَّ عَلَيْهِمْ ، وَلابَأسَ بالقِتالِ بِسِلاحِهِمْ وكِراعِهِمْ عِنْدَ الحاجَةِ إلَيْهِ ؛

وفى حبسهم قطعهم عن ذلك ، ويكتفى المسلمون مئونتهم . قال (فاذا قاتلهم فان كان لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم) لأن الواجب أن يقاتلهم حتى يعودوا إلى الحق ، قال تعالى ـ حتى تفيء إلى أمر الله ـ فاذا كان لهم فئة ينحازون إليها لايزول بغيهم لأنهم ينحازون إلى فئة ممتنعة من البغاة فيعودون إلى القتال ؛ وأما الأسير فان رأى قتله قتله لأن بغيه لم يزل ، وإن رأى أن يخلى عنه فعل ، فان عليا رضى الله عنه كان إذا أخذ أسيرا استحلفه أن لايعين عليه وخلاه ، وإن رأى أن يحبسه حتى يتوب أهل البغى فعل وهو الأحسن ، لأنه يؤمن شره من غير قتل . وأما إذا لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم ولا يقتل أسيرهم ، هكذا فعل على رضى الله عنه بأهل البصرة ، وقال : لايغنم لهم مال ولا تسبى لهم ذرية ، وقال يوم الجمل : لاتتبعوا مدبرا ولا تقتلوا أسيرا ، ولا تذففوا على جريح : أى لايتم قتله ، ولا يكشف ستر ، ولا يؤخذ مال ، وهو القدوة فى الباب ، ولأن المقصود دفع شرهم وإزالة بغيهم وقد حصل . قال (ولا تسبى لهم ذرية ولا يغنم لهم مال ويحبسها حتى يتوبوا فيردها عليهم) لما تقدم من حديث على رضى الله عنه ، ولأنهم مسلمون والإسلام عاصم ، وإنما يحبسها عنهم تقليلا عليهم ، وفيه مصلحة المسلمين ، فاذا تابوا ردت عليهم لزوال الموجب للحبس . قال (ولابأس بالقتال بسلاحهم وكراعهم عند الحاجة إليه) معناه إذا كان لهم فئة فيقسم على أهل العدل ليستعينوا به على قتالهم ، ولأنه يجوز للإمام أن يأخذ سلاح المسلمين عند الحاجة فهذا أولى ، وهو مأثور عن على رضى الله عنه أيضا يوم البصرة ، فاذا استغنوا عنه حبسه لهم ولا يدفعه إليهم لئلا يستعينوا به على المسلمين فيحبس السلاح ويبيع الكراع ويمسك ثمنه لأن ذلك أنفع وأيسر ، فاذا زال بغيهم يرده إليهم كسائر أموالهم . وما أصاب كل واحد من الفريقين من الآخر من دم أو جراحة أو استهلاك مال فهو موضوع لادية فيه ولا ضمان ولا قصاص ، وما كان قائما فى يد كل واحد من الفريقين للآخر فهو لصاحبه لما روى الزهرى . قال : وقعت الفتنة فأجمعت الصحابة وهم متوافرون أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر ، وكل ما أتلف بتأويل القرآن فلا ضمان فيه ، وكل فرج استبيح بتأويل القرآن فلا حد فيه ، وما كان قائما بعينه رد . قال محمد : إذا تابوا أفتيهم أن يغرموا ولا أجبرهم على ذلك لأنهم أتلفوه بغير حق ، فسقوط المطالبة لايسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى . وقال أصحابنا : ما فعلوه قبل التحيز والخروج وبعد تفرق جمعهم يؤخذون به ، لأنهم

وَإِذَا قَتَلَ العادِلُ الباغِيَ وَرِثَهُ ، وكَذَلِكَ إِنْ قَتَلَهُ الباغِي (س) وَقالَ : أَنا عَلَى حَقّ ، وَإِنْ قالَ : أنا عَلَى الباطِلِ لَمْ يَرِثْهُ .

كتاب الكراهية

المَكْرُوهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ حَرَامٌ ، وَعِنْدَهُما هُوَ إِلى الحَرَامِ أَقْرَبُ ،

من أهل دارنا ، ولا منعة لهم فهم كغيرهم من المسلمين ، أما ما فعلوه بعد التحيز لاضمان فيه لما بينا ، ولا يقتل من معهم من النساء والصبيان والشيوخ والزمنى والعميان لأنهم لايقتلون إذا كانوا مع الكفار فهذا أولى وليسوا من أهل القتال ، فان قاتلت المرأة مع الرجال لابأس بقتلها حالة القتال ، ولا تقتل إذا أسرت وتحبس اعتبارا بالحربية . قال (وإذا قتل العادل الباغى ورثه وكذلك إن قتله الباغى وقال : أنا على حقّ ، وإن قال : أنا على الباطل لم يرثه) لأنه قتله بغير حقّ ولا تأويل . وقال أبو يوسف : لايرث الباغى العادل فى الوجهين لأنه قتل بغير حقّ . ولنا ما روينا من إجماع الصحابة ، ويكره حمل رءوسهم وإنفاذها إلى الآفاق لأنه مثلة ، ولم ينقل عن علىّ رضى الله عنه . وروى أنه حمل إلى أبى بكر رضى الله عنه رأس فأنكر حمله ، فقيل له : إن فارس والروم يفعلون ذلك ، فقال : أستنان بفارس والروم ؟ . وقد قال أصحابنا : إن كان ذلك رهنا لهم فلا بأس به ، لأن ابن مسعود حمل رأس أبى جهل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليه ، والله أعلم .

كتاب الكراهية

وفيه بيان ما يكره من الأفعال وما لايكره ، وسمى بالكراهية لأن بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه ، والقدورى سماه فى مختصره وشرحه : الحظر والإباحة ، وهو صحيح لأن الحظر المنع ، والإباحة الإطلاق ، وفيه بيان ما منع منه الشرع وما أباحه ؛ وسماه بعضهم : الاستحسان ، لأن فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه ، ولفظة الاستحسان أحسن ، أو لأن أكثر مسائله استحسان لامجال للقياس فيها ؛ وبعضهم يسميه : كتاب الزهد والورع لأن فيه كثيرا من المسائل أطلقها الشرع والزهد والورع تركها .

قال (المكروه عند محمد حرام) إلا أنه لما لم يجد فيه نصا لم يطلق عليه الحرمة (وعندهما هو إلى الحرام أقرب) لتعارض الأدلة فيه وتغليب جانب الحرمة لقوله عليه الصلاة والسلام « ما اجتمع الحرام والحلال إلا وقد غلب الحرام الحلال » قالوا : معناه دليل الحلّ

وَالنَّظَرُ إلى العَوْرَةِ حَرَامٌ إلا عِنْدَ الضَّرُورَةِ كالطَّبِيبِ وَالخاتِنِ وَالخافِضَةِ وَالقابِلَةِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا العَوْرَةَ فى الصَّلاةِ . وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ إلى جَمِيعِ بَدَنِهِ إلاَّ العَوْرَةَ ، وَتَنْظُرُ المَرأَةُ مِنَ المَرأَةِ وَالرَّجُلِ إلى ما يَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ ،

ودليل الحرمة . قال (والنظر إلى العورة حرام إلا عند الضرورة كالطبيب والخاتن والخافضة والقابلة ، وقد بينا العورة فى) كتاب (الصلاة) والأصل فى ذلك قوله تعالى ـ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ـ وقوله تعالى ـ وقل للمؤمنات ـ الآية ، معناه يسترونها من الانكشاف لئلا ينظر إليها الغير نقلا عن المفسرين ، وقال عليه الصلاة والسلام « ملعون من نظر إلى سوأة أخيه » فأما حالة الضرورة فالضرورات تبيح المحظورات ، ألا ترى أن الله أباح شرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير ومال الغير حالة المخمصة وما إذا غصّ ، وهذا لأن أحوال الضرورات مستثناة ، قال تعالى ـ وما جعل عليكم فى الدين من حرج ـ وقال ـ لايكلف الله نفسا إلا وسعها ـ وفى اعتبار حالة الضرورة حرج وتكليف ماليس فى الوسع ، ولأن هذه الأفعال مأمور بها ، فعند بعضهم هى واجبة ، وعند البعض سنة مؤكدّة ، ولا يمكن فعلها إلا بالنظر إلى محالها ، فكان الأمر بها أمرا بالنظر إلى محالها ويلزم منه الإباحة ضرورة ، وينبغى للطبيب أن يعلم امرأة مداواتها ، لأن نظر المرأة إلى المرأة أخفّ من نظر الرجل إليها لأنها أبعد من الفتنة ، فاذا لم يكن منه بدّ فليغضّ بصره ما استطاع تحرّزا عن النظر بقدر الإمكان ، وكذلك تفعل المرأة عند النظر إلى الفرج عند الولادة وتعرّف البكارة ، ألا يرى أنه يجوز النظر إليه لتحمل الشهادة على الزنا ولا ضرورة فهذا أولى ، والعورة فى الركبة أخفّ فكاشفها ينكر عليه برفق ، ثم الفخذ وكاشفه يعنف على ذلك ، ثم السوأة فيؤدب كاشفها . قال (وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا العورة) لأن المنهى عنه النظر إلى العورة دون غيرها وعليه الإجماع ، وقد قبل أبو هريرة سرّة الحسن بن على رضى الله عنهما وقال : هذا موضع قبله رسول الله عليه الصلاة والسلام ولأن الرجال يمشون فى الطرق بازار فى جميع الأزمان من غير نكير ، فدلّ على جواز النظر إلى الأبدان . قال (وتنظر المرأة من المرأة والرجل إلى ما ينظر الرجل من الرجل) أما المرأة إلى المرأة فلانعدام الشهوة وللضرورة فى الحمامات وغيرها ، وأما نظرها إلى الرجل فلاستوائهما فى إباحة النظر إلى ما ليس بعورة ، ولأن الرجال يمشون بين الناس بازار واحد ، فاذا خافت الشهوة أو غلب على ظنها لاتنظر احترازا عن الفتنة ، وكل ما جاز النظر إليه جاز مسه لاستوائهما فى الحكم إلا إذا خافت الشهوة .

وَيَنْظُرُ مِنْ زَوْجَتِهِ وأمَتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ إلى جَمِيعِ بَدَنِهَا ، وَيَنْظُرُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ وأمَةِ الغَيْرِ إلى الوَجْهِ وَالرأسِ وَالصَّدْرِ وَالسَّاقَيْنِ وَالعَضُدَيْنِ وَالشَّعْرِ ، وَلَا بأسَ بأنْ يَمَسَّ ما يَجوزُ النَّظَرُ إلَيْهِ إذَا أمِنَ الشَّهْوَةَ ،

قال (وينظر من زوجته وأمته التى تحلّ له إلى جميع بدنها) وكذا يحلّ له مسها والاستمتاع بها فى الفرج وما دونه ، قال تعالى ـ والذين هم لفروجهم حافظون ـ إلى قوله سبحانه ـ فانهم غير ملومين ـ وقال عليه الصلاة والسلام « غضّ بصرك إلا عن زوجتك » ولا يحلّ له الاستمتاع بها فى الدبر ولا فى الفرج حالة الحيض لقوله عليه الصلاة والسلام « من أتى حائضا أو امرأة فى دبرها أو أتى كاهنا وصدّقه فيما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد » ونظره إلى فرجها ونظرها إلى فرجه مباح . وعن ابن عمر رضى الله عنه أن النظر أبلغ فى تحصيل اللذّة ، وقيل الأولى أن لاينظر لأنه يورث النسيان ، وقال عليه الصلاة والسلام « إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجرّدان تجرّد العير » . قال (وينظر من ذوات محارمه وأمة الغير إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين والشعر) والأصل فيه قوله تعالى ـ ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن ـ الآية ، والمراد موضع الزينة ، لأن النظر إلى نفس الثياب والحلىّ والكحل وأنواع الزينة حلال للأجانب والأقارب ، فكان المراد مواضع الزينة بطريق حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، ومواضع الزينة ما ذكرنا ، فالرأس موضع الإكليل ، والشعر موضع العقاص ، والأذن موضع القرط ، والعنق موضع القلائد ، والصدر موضع الوشاح ، والعضدان موضع الدملج ، والذراع موضع السوار ، والساق موضع الخلخال . وعن الحسن والحسين رضى الله عنهما أنهما كانا يدخلان على أختهما أم كلثوم وهى تمتشط ، ويستوى فى ذلك المحرمية بالنسب والرضاع والمصاهرة لأن الحرمة مؤبدة فى الكل فيستوين فى إباحة النظر والمس . قال (ولا بأس بأن يمس ما يجوز النظر إليه إذا أمن الشهوة) لأن المسافرة معهن حلال بالنص ويحتاج فى السفر إلى مسهن فى الإركاب والإنزال ، وعن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه كان إذا قدم من مغازيه قبل رأس فاطمة . وعن أبى بكر رضى الله عنه أنه قبل رأس عائشة ومحمد بن الحنفية كان يقبل رأس أمه ، ولأن المحرم لما كان لايشتهى عادة حلت معه محل الرجال ، ولا ينبغى أن يفعل شيئا من ذلك إذا خاف الشهوة أو غلبت على ظنه ، بل ينبغى أن يغضّ بصره ، فان من رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه ، قال عليه الصلاة والسلام « دع ما يريبك إلى ما لايريبك » ولا يجوز النظر من هؤلاء إلى ما بين السرّة حتى يجاوز الركبة لأنه عورة ولا إلى الظهر والبطن ، لأن حكم الظهار إنما ثبت لتشبيه بظهر الأمّ ، فلولا حرمة ظهرها لما ثبتت حرمة الزوجية كما إذا شبهها بيدها ورجلها ، وإذا ثبتت حرمة

وَلا يَنْظرُ إلى الحُرَّةِ الأَجْنَبِيَّةِ إلاَّ إلى الوَجْهِ وَالكَفَّيْنِ إنْ لَمْ يَخَفِ الشَّهْوَةَ ، فانْ خافَ الشَّهْوَةَ لا يَجُوزُ إلاَّ لِلْحاكِمِ وَالشَّاهِدِ ، وَلا يَجُوزُ أنْ يَمَسَّ ذلكَ وَإنْ أمِنَ الشَّهْوَةَ ؛

الظهر فالبطن أولى ، لأن الشهوة فيها أكثر فكانت أولى بالتحريم ، ولأن ذلك ليس موضع الزينة ، فان سافر معهن فلا بأس أن يحملهن وينزلهن يأخذ بالبطن والظهر ، لأن اللمس من فوق الثياب لايوجب الشهوة فصار كالنظر حتى لو كانت متجردة أو عليها ثياب رقيقة يجد حرارتها من فوقه لايمسها تحرزا عن الوقوع في الفتنة ؛ وأما أمة الغير فلأنها تحتاج إلى الخروج وقضاء الحوائج والأخذ والإعطاء فيقع النظر إليها ضرورة ومس بعض أعضائها كما في المحارم . وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه كان إذا رأى أمة متخمرة ألقى خمارها وقال لها : يا لكاع لاتتشبهين بالحرائر . ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها لأنه محل الشهوة ، ولأنه لما حرم من المحارم مع عدم الشهوة فيهن عادة فلأن يحرم من الإماء كان أولى ، وإنما يباح ذلك عند عدم الشهوة لما بينا ، إلا إذا أراد الشراء فانه يباح له النظر مع الشهوة دون المس ، لأن المس بشهوة استمتاع بأمة الغير وأنه حرام ، أما النظر فليس باستمتاع ، وإنما حرم لإفضائه إلى الاستمتاع وهو الوطء . والمسافرة بأمة الغير قيل تحل كالمحارم وقيل لا وهو المختار ، لأن الشهوة إلى أمة الغير كثيرة ، ولا كذلك في المحارم ، ولأنه لاضرورة إلى المسافرة والخلوة معها ، وفي المحارم ضرورة لما بينا ؛ وكذا يحل للأمة النظر من الأجنبي إلى جميع بدنه ومسه وغمزه ما خلا العورة بشرط عدم الشهوة ، لأن العادة أن جارية المرأة تخدم زوجها وتغمزه وتدهنه فدل على الجواز . قال (ولا ينظر إلى الحرة الأجنبية إلا إلى الوجه والكفين إن لم يخف الشهوة) وعن أبي حنيفة أنه زاد القدم ، لأن في ذلك ضرورة للأخذ والإعطاء ومعرفة وجهها عند المعاملة مع الأجانب لإقامة معاشها ومعادها لعدم من يقوم بأسباب معاشها . والأصل فيه قوله تعالى ـ ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها ـ قال عامة الصحابة : الكحل والخاتم ، والمراد موضعهما لما بينا ، وموضعهما الوجه واليد ، وأما القدم فروى أنه ليس بعورة مطلقا لأنها تحتاج إلى المشي فتبدو ، ولأن الشهوة في الوجه واليد أكثر ، فلأن يحل النظر إلى القدم كان أولى ؛ وفي رواية القدم عورة في حق النظر دون الصلاة . قال (فان خاف الشهوة لايجوز إلا للحاكم والشاهد) لما فيه من الضرورة إلى معرفتها لتحمل الشهادة والحكم عليها وكما يجوز له النظر إلى العورة لإقامة الشهادة على الزنا . قال (ولا يجوز أن يمس ذلك وإن أمن الشهوة) لأن المس أغلظ من النظر ، فان الشهوة بالمس أكثر ، فان كانت عجوزا لاتشتهى أو كان شيخا لايشتهى فلا بأس بمصافحتها ، لما روى عن أبي بكر رضي الله عنه أنه كان يصافح العجائز ،

وَالعَبْدُ مَعَ سَيِّدَتِهِ كالأَجْنَبِيِّ ، وَالفَحْلُ وَالخَصِيُّ وَالمَجْبُوبُ سَوَاءٌ ، وَيُكْرَهُ أَنْ يُقَبِّلَ الرَّجُلُ فَمَ الرَّجُلِ أَوْ شَيْئًا مِنْهُ أَوْ يُعانِقَهُ وَلا بأس بالمُصَافَحَةِ ، ولا بأسَ بِتَقْبِيلِ يَدِ العالِمِ وَالسُّلْطانِ العادِلِ .

وَيَحِلُّ للنِّساءِ لُبْسُ الحَريرِ وَلا يَحِلُّ لِلرِّجالِ إلا مِقْدارُ أَرْبَعِ أَصابِعَ كالعَلَمِ

وعبد الله بن الزبير استأجر عجوزا تمرّضه فكانت تغمزه وتفلى رأسه ، والصغيرة التى لاتشتهى لابأس بمسها والنظر إليها لعدم خوف الفتنة . ومن أراد أن يتزوّج امرأة يجوز له النظر إليها وإن خاف أن يشتهى لقوله عليه الصلاة والسلام للمغيرة وقد أراد أن يتزوج امرأة « انظر إليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما » . قال (والعبد مع سيدته كالأجنبى) لأن خوف الفتنة منه مثلها من الأجنبى ، وبل أكثر لكثرة الاجتماع والنصوص المحرمة مطلقة ، والمراد من قوله تعالى ـ أو ما ملكت أيمانهن ـ الإماء دون العبيد قاله الحسن وابن جبير . قال (والفحل والخصى والمجبوب سواء) لأن الآية تعمّ الكلّ ، والطفل الصغير مستثنى بالنصّ ، ولأن الخصىّ يجامع والمجبوب يساحق فلا تؤمن الفتنة كالفحل . قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو شيئا منه أو يعانقه) وعن أبى يوسف لابأس به ، وعن بعض المشايخ لابأس به إذا قصد به الإكرام والمبرّة ولم يخف الشهوة ، لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام عانق جعفر بن أبى طالب حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه وكان يوم فتح خيبر وقال : لاأدرى بأىّ الأمرين أسرّ ؟ بفتح خيبر أم بقدوم جعفر » وجه الظاهر نهيه صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة ، والأوّل التقبيل والثانى المعانقة ، وما رواه محمول على الابتداء قبل النهى . قال (و لابأس بالمصافحة) فانها سنة قديمة متوارثة بين المسلمين من لدن الصدر الأوّل إلى يومنا هذا . قال (ولا بأس بتقبيل يد العالم والسلطان العادل) لأن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يقبلون أطراف رسول الله صلى الله عليه وسلم . وعن سفيان بن عيينة أنه قال : تقبيل يد العالم والسلطان العادل سنة ، فقام عبد الله بن المبارك وقبل رأسه ، وتقبيل الأرض بين يدى السلطان أو بعض أصحابه ليس بكفر لأنه تحية وليس بعبادة ، ومن أكره على أن يسجد للملك الأفضل أن لايسجد لأنه كفر ، ولو سجد عند السلطان على وجه التحية لايصير كافرا .

فصـــل

(ويحل للنساء لبس الحرير ، ولايحلّ للرجال إلا مقدار أربع أصابع كالعلم) لما روى عن علىّ رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ حريرة بشماله وذهبا بيمينه ثم رفع بهما يديه وقال : إن هذين حرام على ذكور أمتى حلّ لإناثها » وعن عمر

وَلا بأسَ (سم) بِتَوَسُّدِهِ وَافْتِرَاشِهِ ، وَلا بأسَ بِلُبْسِ ماسَدَاهُ إبْرَيْسَمٌ وَلُحْمَتُهُ قُطْنٌ أوْ خزٌّ ؛

رضى الله عنه أنه قال « حرّم رسول الله صلى الله عليه وسلم لبس الحرير على الرجال إلاّ ماكان هكذا وهكذا ، وذكر أصبعين وثلاثا وأربعا » وروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربعة وأراد به الأعلام » وأهدى المقوقس ملك الإسكندرية لرسول الله صلى الله عليه وسلم جبة أطرافها من ديباج فلبسها ولأن الناس اعتادوا لبس الثياب وعليها الأعلام فى سائر الأزمان ، والمعنى فيه أنه تبع للثوب فلا حكم له . قال (ولا بأس بتوسده وافتراشه) وكذا ستر الحرير وتعليقه على الباب ، وقالا : يكره لعموم النهى ولأنه من زىّ الأعاجم وقد نهى عنه . وله أن النهى ورد فى اللبس وهذا دونه فلا يلحق به ، ولأن القليل من اللبس حلال وهو العلم فكذا القليل من الاستعمال حتى لايجوز جعله دثارا بالإجماع . وعن ابن عباس أنه كان له مرفقة (١) حرير على بساطه ، ولأن افتراشه استخفاف به فصار كالتصاوير على البساط فانه يجوز الجلوس عليه ولا يجوز لبس التصاوير . قال (ولا بأس بلبس ما سداه إبريسم ولحمته قطن أو خز) لأن الثوب بالنسج والنسج باللحمة ، فتعتبر اللحمة دون السدا ، فما كان سداه حريرا ولحمته غيره يجوز لبسه فى الحرب وغيره بالإجماع ، وما كان بالعكس يجوز فى الحرب خاصة بالإجماع أيضا للضرورة لأنه أهيب وأدفع لمضرّة السلاح . وقال أبو يوسف ومحمد : لبس الحرير فى الحرب جائز لما روى الشعبى أن النبىّ عليه الصلاة والسلام رخص فى لبس الحرير والديباج فى الحرب ، ولأنه أدفع لمضرّة السلاح وأهيب فى عين العدوّ فمست الحاجة إليه . وقال أبو حنيفة : لايجوز لعموم النهى ، والحرام لايحلّ إلا للضرورة وقد اندفعت بالمخلوط فان الخالص إن اختصّ بمزية الخلوص فالمخلوط اختصّ بزيادة الثخانة والقوّة فاستويا فيجتزأ به ، ولو كان الثوب رقيقا ولا يحصل به الإرهاب لايجوز بالإجماع . وفى نوادر هشام عن محمد يكره لبنة الحرير : أى القب وتكة الديباج والإبريسم لأنه استعمال تامّ ، وما كان سداه ظاهرا كالعتابى (٢) ، قيل يكره لأن لابسه فى منظر العين لابس حرير وفيه خيلاء ، وقيل لايكره اعتبارا للحمة كما مرّ ، وتكره الخرقة التى يمسح بها العرق ويمتخط بها لأنه ضرب كبر ، وإن كانت لإزالة الأذى والقذر لابأس بها ، ولا بأس بالخرقة يمسح بها الوضوء لتوارث المسلمين ذلك ، وقيل إن فعله تكبرا يكره كالتربع فى الاتكاء إن فعله تكبرا يكره وللحاجة لا .

(١) قوله مرفقة ، قال فى مختار الصحاح : المرفقة بالكسر : المخدة اه .

(٢) قوله كالعتابى ، قال فى ردّ المختار : هو مثل القطنى والأطلس فى زماننا .

وَيجوز لِلنِّساءِ التَّحلّي بالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ ، وَلا يَجُوزُ لِلرِّجالِ إلاَّ الخاتَمُ وَالمِنْطَقَةُ وَحِلْيَةُ السَّيْفِ مِنَ الفِضَّةِ وكِتابَةُ الثَّوْبِ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ وَشَدُّ الأَسْنانِ بالفِضَّةِ ، وَيُكْرهُ أَنْ يُلْبَسَ الصَّبِيُّ الذَّهَبَ وَالحَرِيرَ ، وَلا يَجُوزُ اسْتِعْمالُ آنِيَةِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ ، وَيَسْتَوِى فِيهِ الرِّجالُ وَالنِّساءُ ،

قال (ويجوز للنساء التحلى بالذهب والفضة ولا يجوز للرجال) لما سبق من الحديث (إلا الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة وكتابة الثوب من ذهب أو فضة وشدّ الأسنان بالفضة) أما الخاتم والمنطقة وحلية السيف فبالإجماع ، والنبيّ عليه الصلاة والسلام كان له خاتم من فضة نقشه محمد رسول الله ، ونهى عليه الصلاة والسلام عن التختم بالذهب ، ثم التختم سنة لمن يحتاج إليه كالسلطان والقاضى ومن فى معناهما ومن لاحاجة له إليه فتركه أفضل . والسنة أن يكون قدر مثقال فما دونه ويجعل فصه إلى باطن كفه ، بخلاف النساء لأنه للزينة فى حقهنّ دون الرجال ، ويجوز أن يجعل فصه عقيقا أو فيروزجا أو ياقوتا أو نحوه ، ويجوز أن ينقش عليه اسمه أو اسما من أسماء الله تعالى لتعامل الناس ذلك من غير نكير ولا بأس بسدّ ثقب الفصّ بمسمار الذهب لأنه قليل فأشبه العلم ، ويكره التختم بالحديد والصفر للرجال والنساء لأنه حلية أهل النار وقد نهى عنه . وروى أنه كان قبضة سيفه عليه الصلاة والسلام من فضة . وأما كتابة الثوب كما بينا فى العلم الحرير ، وكرهه أبو يوسف بناء على اختلافهم فى الإناء المفضض . وأما شدّ الأسنان فمذهب أبى حنيفة ، وقالا : يجوز بالذهب أيضا قياسا على الأنف ، فانه روى أن عرفجة أصيب أنفه يوم كلاب (١) فاتخذ أنفا من فضة فأنتن ، فأمره عليه الصلاة والسلام أن يتخذ أنفا من ذهب وكان ضرورة فيجوز . وله أن الضرورة فى الأسنان تندفع بالأدنى وهو الفضة ، ولا كذلك فى الأنف فافترقا . قال (ويكره أن يلبس الصبيّ الذهب والحرير) لئلا يعتاده ألا ترى أنه يؤمر بالصوم والصلاة وينهى عن شرب الخمر ليعتاد فعل الخير ويألف ترك المحرّمات فكذلك هذا ، والإثم على من ألبسه لإضافة الفعل إليه . قال (ولا يجوز استعمال آنية الذهب والفضة) قال عليه الصلاة والسلام « من شرب فى إناء ذهب وفضة فكأنما يجرجر فى بطنه نار جهنم » وعلى هذا المجمرة والملعقة والمدهن والميل والمكحلة والمرآة ونحو ذلك ، والنصوص وإن وردت فى الشرب فالباقى فى معناه لاستوائهم فى الاستعمال ، والجامع أنه زيّ المتكبرين وتنعم المترفين ، وأنه منهيّ عنه فيعمّ الكلّ (ويستوى فيه الرجال والنساء) لعموم النهى ، وعليه الإجماع .

---

(١) قال الشعبى نقلا عن الاتقانى « كلاب » بالكاف وتخفيف اللام على وزن غراب : اسم واد بين الكوفة والبصرة كانت به واقعة عظيمة للعرب .

وَلا بأسَ بآنيةِ العَقيقِ وَالبِلَّوْرِ وَالزُّجاجِ وَالرَّصاصِ ، وَيَجُوزُ (س) الشُّرْبُ فى الإناءِ المُفَضَّضِ وَالجلُوسُ عَلى السَّريرِ المُفَضَّضِ إذا كانَ يَتَّقِى مَوْضِعَ الفِضَّةِ

فصل فى الاحتكار

وَيُكْرَهُ فى أقْوَاتِ الآدَمِيِّينَ وَالبَهائِمِ فِى مَوْضِعٍ يَضُرُّ بأهْلِهِ ،

قال (ولا بأس بآنية العقيق والبلور والزجاج والرصاص) لأنه لاتفاخر فى ذلك فلم يكن فى معناه . قال (ويجوز الشرب فى الإناء المفضض والجلوس على السرير المفضض إذا كان يتقى موضع الفضة) أى يتقى فمه ذلك ، وقيل يتقى أخذه باليد . وقال أبو يوسف : يكره ، وقول محمد مضطرب . وعلى هذا الاختلاف والتفصيل السرج المفضض والكرسى ، والإناء المضبب بالذهب والفضة . لأبى يوسف أنه إذا استعمل جزءا من الإناء فقد استعمل كله فيكون مستعملا للذهب والفضة . ولأبى حنيفة أن الفضة فى هذه الأشياء تابعة والعبرة للمتبوع لا للتبع ، وصار كالعلم فى الثوب ومسمار الذهب فى فص الخاتم ، وعلى هذا اللجام المفضض والركاب والثفر (١) ، أما اللجام من الفضة والركاب فحرام لأنه استعمل لفضة بعينها فلا يجوز ، ولا بأس بالانتفاع بالأوانى المموهة بالذهب والفضة بالإجماع ، لأن الذهب والفضة مستهلك فيه لايخلص فصار كالعدم ، والأشنان والدهن يكون فى إناء فضة أو ذهب يصب منه على اليد . قال محمد : أكره ولا أكره ذلك فى الغالية لأنه يدخل يده أو عودا فيخرجها إلى الكف ثم يستعملها من الكف فلا يكون مستعملا للإناء ، ولا كذلك الدهن والأشنان فانه يكون مستعملا به بالصب منه .

فصل فى الاحتكار

وهو مصدر احتكرت الشىء إذا جمعته وحبسته ، والاسم الحكرة بضم الحاء . قال (ويكره فى أقوات الآدميين والبهائم فى موضع يضر بأهله) والأصل فى ذلك قوله تعالى ـ ومن يرد فيه بالحاد بظلم نذقه من عذاب أليم ـ قال عمر رضى الله عنه : لاتحتكروا الطعام بمكة فانه إلحاد ، وما روى ابن عمر عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « الجالب مرزوق والمحتكر محروم » وفى رواية « ملعون » وعنه عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « من احتكر طعاما أربعين يوما فقد برئ من الله وبرئ الله منه » وروى أبو أمامة الباهلى « أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى أن يحتكر الطعام » وروى عمر عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس » ولأن فيه تضييقا

---

(١) قوله والثفر ، قال فى القاموس : الثفر بالتحريك : السير فى مؤخر السرج وقد يسكن.

وَلا احْتِكارَ فى غَلَّةِ ضَيْعَتِهِ وَما جَلَبَهُ (سم) ؛ وَإِذَا رُفِعَ إِلى القاضِى حالُ المُحْتَكِرِ يأمُرهُ بِبَيْعِ ما يَفْضُلُ عَنْ قُوتِهِ وَعِيالِهِ ، فإن امْتَنَعَ باعَ عَلَيْهِ . وَلا يَنْبَغِى لِلسُّلْطانِ أنْ يُسَعِّرَ عَلَى النَّاسِ إلاَّ أنْ يَتَعَدَّى أرْبابُ الطَّعامِ تَعَدِّيا فاحِشًا فى القِيمَةِ فَلا بأسَ بِذَلِكَ بِمَشُورَةِ أهْلِ الخِبْرَةِ بِهِ ؛

على الناس فلا يجوز . والاحتكار أن يبتاع طعاماً من المصر أو من مكان يجلب طعامه إلى المصر ويحبسه إلى وقت الغلاء ، وشرطه أن يكون مصرا يضرّ به الاحتكار لأنه تعلق به حقّ العامة ، وشرط بعضهم الشراء فى وقت الغلاء وينتظر زيادة الغلاء والكلّ مكروه .

والحاصل أن يكون يضرّ بأهل تلك المدينة حتى لو كان مصرا كبيرا لا يضرّ بأهله فليس بمحتكر لأنه حبس ملكه ولا ضرر فيه بغيره ، وعلى هذا التفصيل تلقى الجلب ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عنه . قال (ولا احتكار فى غلة ضيعته وما جلبه) أى من مكان بعيد من المصر أو ما زرعه ، لأن له أن لايجلب ولا يزرع فله أن لايبيع . وقال أبو يوسف : يكره فيما جلبه أيضا لعموم النهى . وقال محمد : يكره إذا اشتراه من موضع يجلب منه إلى المصر فى الغالب لتعلق حقّ العامة به ، وما لا فلا . قال (وإذا رفع إلى القاضى حال المحتكر يأمره ببيع ما يفضل عن قوته وعياله ، فان امتنع باع عليه) لأنه فى مقدار قوته وعياله غير محتكر ويترك قوتهم على اعتبار السعة ؛ وقيل إذا رفع إليه أوّل مرّة نهاه عن الاحتكار ، فان رفع إليه ثانيا حبسه وعزّره بما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس . قال محمد : أجبر المحتكرين على بيع ما احتكروا ولا أسعر ، ويقال له : بع كما يبيع الناس وبزيادة يتغابن فى مثلها ولا أتركه يبيع بأكثر . والأصل فى ذلك ما روى « أن السعر غلا بالمدينة فقالوا : يا رسول الله لو سعرت ؟ فقال : إن الله هو المسعر » ولأن التسعير تقدير الثمن وإنه نوع حجر. وقول محمد : أجبرهم على البيع يحتمل وجهين : إما لما فيه من المصلحة العامة أو بناء على قولهما فى الحجر . قال (ولا ينبغى للسلطان أن يسعر على الناس) لما بينا . قال (إلا أن يتعدّى أرباب الطعام تعدّيا فاحشا فى القيمة فلا بأس بذلك بمشورة أهل الخبرة به) لأن فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع ، وقد قال أصحابنا : إذا خاف الإمام على أهل مصر الضياع والهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرّقه عليهم فاذا وجدوا ردّوا مثله ، وليس هذا حجرا وإنما هو للضرورة كما فى المخمصة ، ولو سعر السلطان على الخبازين الخبز فاشترى رجل منهم بذلك السعر والخباز يخاف إن نقصه ضربه السلطان لا يحل أكله لأنه فى معنى المكره ، وينبغى أن يقول له : بعنى بما تحب ليصحّ البيع ؛ ولو اتفق أهل بلد على سعر الخبز واللحم وشاع بينهم فدفع رجل إلى رجل منهم درهما ليعطيه فأعطاه أقلّ من ذلك والمشترى لايعلم رجع عليه بالنقصان من الثمن ، لأنه ما رضى إلا بسعر البلد .

وَلا بأسَ بِبَيْعِ العَصِيرِ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا ؛ وَمَنْ حَمَلَ خَمْرًا لِذِمِّيٍّ طابَ (سم) لَهُ الأجْرُ ، ولا بأسَ بِبَيْعِ السِّرْقِينِ ، وَلا بأسَ بِبَيْعِ بِناءِ بُيُوتِ مَكَّةَ ، وَيُكْرَهُ بَيْعُ (سم) أَرْضِها ؛

وقال أبو يوسف : الاحتكار فى كلّ ما يضرّ بالعامة نظرا إلى أصل الضرر . وقال محمد : الاحتكار فى أقوات الآدميين كالتمر والحنطة والشعير ، وأقوات البهائم كالقتّ نظرا إلى الضرر المقصود . واختلفوا فى مدة الاحتكار ، قيل أقلها أربعون يوما كما ورد فى الحديث، وما دون ذلك فليس باحتكار لعدم الضرر بالمدة القصيرة ؛ وقيل أقله شهر لأن ما دونه عاجل ، ثم قيل يأثم بنفس الاحتكار وإن قلت المدّة ، وإنما بيان المدة لبيان أحكام الدنيا .

فالحاصل أن التجارة فى الطعام مكروه فانه يوجب المقت فى الدنيا والإثم فى الآخرة . قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا) لأن المعصية لاتقوم بعينه بل بعد تغيره . قال (ومن حمل خمرا لذمىّ طاب له الأجر) وقالا : يكره لأنه أعانه على المعصية . وفى الحديث « لعن الله فى الخمر عشرا » وعدّ منهم حاملها . وله أن المعصية شربها ، وليس من ضرورات الحمل وهو فعل فاعل مختار ، ومحمل الحديث الحمل لقصد المعصية حتى لو حملها ليريقها أو ليخللها جاز ، وعلى هذا الخلاف إذا آجر بيتا ليتخذه بيت نار أو بيعة أو كنيسة فى السواد . لهما أنه أعانه على المعصية ، وله أن العقد ورد على منفعة البيت حتى وجبت الأجرة بالتسليم وليس بمعصية ، والمعصية فعل المستأجر وهو مختار فى ذلك . قال (ولا بأس ببيع السرقين) لأنه منتفع به يلقى فى الأراضى طلبا لكثرة الريع ، ويجرى فيه الشحّ والضنة وتبذل الأعواض فى مقابلته فكان مالا فيجوز بيعه كسائر الأموال ، بخلاف العذرة فانه لاينتفع بها إلا بعد الخلط ، وبعد الخلط يجوز بيعها وهو المختار ، ويجوز الانتفاع بعد الخلط بها كزيت وقعت فيه نجاسة . قال (ولابأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وكذا الإجارة . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يجوز بيع دور مكة وفيها الشفعة ، ويكره إجارتها فى الموسم ، وقالا : لابأس ببيع أرضها لأنها مملوكة لهم لاختصاصهم بها الاختصاص الشرعى فيجوز كالبناء . وله ما روى ابن عمر أن النبىّ عليه الصلاة والسلام قال « مكة حرام وبيع رباعها حرام » وروى الدارقطنى بإسناده أن النبىّ عليه الصلاة والسلام قال « مكة مباح لاتباع رباعها ولا تؤاجر بيوتها » قال الدارقطنى : وكانت تدعى على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر السوائب ، من شاء سكن ومن استغنى أسكن ، ولأنها من الحرم يحرم صيدها ، ولا يحلّ دخولها لناسك إلا باحرام فيحرم بيعها كالكعبة والصفا والمروة والمسعى ، وإنما جاز بيع البناء لأن البقعة محرّمة ، وقفها إبراهيم صلوات الله عليه ، والبناء ملك لمن أحدثه فيجوز تصرّفه فيه ، والطين وإن كان من الأرض وهو من جملة

وَيُقْبَلُ فى المُعامَلاتِ قَوْلُ الفاسِقِ ، وَلا يُقْبَلُ فى الدِّيانات إلاَّ قَوْلُ العَدْلِ حُرًّا كانَ أَوْ عَبْدًا ، ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى . وَيُقْبَلُ فى الهَدِيَّةِ وَالإِذْنِ قَوْلُ الصَّبِيِّ وَالعَبْدِ والأَمَةِ .

وَيَعْزِلُ عَنْ أَمَتِه بِغَيْرِ إذْنِهَا ، وَعَنْ زَوْجَتِه بإذْنِهَا ؛ وَيُكْرَهُ اسْتِخْدامُ الخِصْيانِ ؛ وَيُكْرَهُ اللَّعِبُ بِالنَّرْدِ وَالشِّطْرَنْجِ وَكُلِّ لَهْوٍ ،

الوقف ، لكن من أخذ طين الوقف فعمله لبناء ملكه وصار كسائر أملاكه . ووجه رواية الحسن أن الناس يتبايعونها فى سائر الأعصار من غير إنكار . قال (ويقبل فى المعاملات قول الفاسق) لأنها يكثر وجودها من الناس ، فلو شرطنا العدالة حرج الناس فى ذلك ، وما فى الدين من حرج ، فيقبل قول الواحد عدلا كان أو فاسقا ، حرا كان أو عبدا ، ذكرا أو أنثى ، مسلما أو كافرا دفعا للحرج . قال (ولا يقبل فى الديانات إلا قول العدل حراً كان أو عبدا ، ذكرا أو أنثى) لأن الصدق فيه راجح باعتبار عقله ودينه ، سيما فيما لا يجلب له نفعا ولا يدفع عنه ضررا ، ولهذا قبلت رواية الواحد العدل للأخبار النبوية ، وإنما اشترطنا العدالة لأنها مما لا يكثر وقوعها كثرة المعاملات ، ولأن الفاسق متهم والكافر غير ملتزم لها فلا يلزم المسلم بقوله ، بخلاف المعاملات فانه لا مقام له فى دارنا إلا بالمعاملة ، ولا معاملة إلا بقبول قوله ، ولا كذلك الديانات والمعاملات كالإخبار بالذبيحة والوكالة والهبة والهدية والإذن ونحو ذلك ، والديانات كالإخبار بجهة القبلة وطهارة الماء ، فلو أخبره ذمى بنجاسة الماء لم يقبل قوله ، لأن الظاهر كذبه إضرارا بالمسلم للعداوة الدينية ولا يتحرّى ، فان وقع فى قلبه صدقه لا يتيمم ما لم يرق الماء ، وإن توضأ به جاز ؛ ولو أخبره بذلك فاسق أو من لا تعرف عدالته ، فان غلب على ظنه صدقه سمع قوله وإلا فلا ، والأحوط أن يريقه ويتيمم . قال (ويقبل فى الهدية والإذن قول الصبى والعبد والأمة) للحاجة إلى ذلك ، وعليه الناس من لدن الصدر الأول إلى يومنا .

فصل فى مسائل مختلفة

قال (ويعزل عن أمته بغير إذنها ، وعن زوجته بإذنها) لأن للزوجة حقا فى الوطء لقضاء الشهوة وتحصيل الولد حتى يثبت لها الخيار فى الجب والعنة ولا حق للأمة ، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن العزل عن الحرة إلا باذنها ، وقال لمولى الأمة « اعزل عنها إن شئت » . قال (ويكره استخدام الخصيان) لأنه تحريض على الخصاء المنهى عنه لكونه مثلة . قال (ويكره اللعب بالنرد والشطرنج وكل لهو) قال عليه الصلاة والسلام « كل لعب ابن آدم حرام إلا ثلاثا : ملاعبة الرجل مع امرأته ، ورميه عن قوسه ، وتأديبه فرسه »

وَوَصْلُ الشَّعْرِ بِشَعْرِ الآدَمِيِّ حَرَامٌ ؛ وَيُكْرَهُ أَنْ يَدْعُوَ اللهَ إِلاَّ بِهِ ، أَوْ يَقُولُ فِي دُعَائِهِ : أَسْأَلُكَ بِمَقْعَدِ العِزِّ مِنْ عَرْشِكَ ، وَرَدُّ السَّلَامِ فَرِيضَةٌ عَلَى كُلِّ مَنْ سَمِعَ السَّلَامَ إِذَا قَامَ بِهِ بَعْضُ القَوْمِ سَقَطَ عَنِ البَاقِينَ . وَالتَّسْلِيمُ سُنَّةٌ وَثَوَابُ المُسْلِمِ أَكْثَرُ ؛

ولأنه إن قامر عليه فهو ميسر وإلا فهو عبث والكلّ حرام ، وقال عليه الصلاة والسلام « لست من دد ولا الدّد مني » أى اللعب ، وقال عليه الصلاة والسلام « ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر » وهذا اللعب مما يلهى عن الجمع والجماعات فيكون حراما . وعن علىّ رضى الله عنه أنه مرّ على قوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم وقال : ما هذه التماثيل التى أنتم لها عاكفون ؟ . وعن ابن عمر مثله . ولم ير أبو حنيفة بأسا بالسلام عليهم ليشغلهم عن اللعب ، وكرها ذلك استحقارا بهم وإهانة لهم . والجوز الذى يلعب به الصبيان يوم العيد يؤكل إن لم يكن على سبيل المقامرة ، لما روى أن ابن عمر كان يشترى الجوز لصبيانه يوم الفطر يلعبون به وكان يأكل منه ، فان قامروا به حرم . قال (ووصل الشعر بشعر الآدمى حرام) سواء كان شعرها أو شعر غيرها لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواشرة والموشرة والنامصة والمتنمصة » فالواصلة : التى تصل الشعر بشعر الغير ، أو التى توصل شعرها بشعر آخر زورا ؛ والمستوصلة : التى توصل لها ذلك بطلبها ؛ والواشمة : التى تشم فى الوجه والذراع ، وهو أن تغرز الجلد بابرة ثم يحشى بكحل أو نيل فيزرق ؛ والمستوشمة التى يفعل بها ذلك ؛ والواشرة التى تفلج أسنانها : أى تحددها وترقق أطرافها تفعله العجوز تتشبه بالشواب ؛ والموشرة : التى يفعل بها بأمرها ؛ والنامصة : التى تنتف الشعر من الوجه ، والمتنمصة : التى يفعل بها ذلك قال (ويكره أن يدعو الله إلا به) فلا يقول أسألك بفلان أو بملائكتك أو بأنبيائك ونحو ذلك لأنه لاحقّ للمخلوق على الخالق (أو يقول فى دعائه : أسألك بمقعد العزّ من عرشك) وعن أبى يوسف أنه يجوز ، فقد جاء فى الأثر : اللهمّ إنى أسألك بمقعد العزّ من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك ، وباسمك الأعظم وكلماتك التامة . ووجه الظاهر أنه يوهم تعلق عزّه بالعرش ، وصفات الله تعالى جميعها قديمة بقدمه ، فكان الاحتياط فى الإمساك عنه ، وما رواه خبر آحاد لايترك به الاحتياط (وردّ السلام فريضة على كلّ من سمع السلام إذا قام به بعض القوم سقط عن الباقين ، والتسليم سنة) والردّ فريضة لأن الامتناع عن الردّ إهانة بالمسلم واستخفاف به وإنه حرام (وثواب المسلم أكثر) قال عليه الصلاة والسلام « للبادى من الثواب عشرة ، وللردّ واحدة » ولا يصح الردّ حتى يسمعه المسلم ، لأنه إنما يكون جوابا إذا سمعه المخاطب إلا أن يكون أصمّ فينبغى أن يردّ عليه بتحريك شفته ؛

وَيُكْرَهُ السَّلامُ عَلى أهْلِ الذِّمَّةِ ، وَلا بأسَ بِرَدِّ السَّلامِ عَلى أهْلِ الذِّمَّةِ ، وَمَنْ دَعاهُ السُّلْطانُ أوِ الأميرُ لِيَسألَهُ عَنْ أشْياءَ لايَنْبَغِي أنْ يَتَكَلَّمَ بِغَيْرِ الحَقِّ ؛ وَاسْتِماعُ المَلاهِي حَرَامٌ ؛

وكذلك تشميت العاطس ؛ ولو سلم على جماعة فيهم صبى فرد الصبى إن كان لايعقل لايصح ، وإن كان يعقل هل يصح ؟ فيه اختلاف ، ويجب على المرأة رد سلام الرجل ولا ترفع صوتها لأنه عورة ، وإن سلمت عليه ؛ فان كانت عجوزا رد عليها ، وإن كانت شابة رد فى نفسه ؛ وعلى هذا التفصيل تشميت الرجل المرأة وبالعكس ؛ ولا يجب رد سلام السائل لأنه ليس للتحية بل شعار السؤال ؛ ومن بلغ غيره سلام غائب ينبغى أن يرد عليهما . وروى أن الحسن بن على رضى الله عنهما قال « يا رسول الله إن أبى يسلم عليك ، قال : عليك وعلى أبيك السلام » ولا ينبغى أن يسلم على من يقرأ القرآن لأنه يشغله عن قراءته ، فان سلم عليه يجب عليه الرد لأنه فرض والقراءة لا . وذكر الرازى فى أدب القضاء أن من دخل على القاضى فى مجلس حكمه وسعه أن يترك السلام عليه هيبة له واحتشاما ، وبهذا جرى الرسم أن الولاة والأمراء إذا دخلوا عليهم لايسلمون ، وإليه مال الخصاف ، وعلى الأمير أن يسلم ولا يترك السنة لتقليد العمل ، وإن جلس ناحية من المسجد للحكم لايسلم على الخصوم ولا يسلمون عليه ، لأنه جلس للحكم والسلام تحية الزائرين ، فينبغى أن يشتغل بما جلس لأجله كالذى يقرأ القرآن ، وإن سلموا لايجب عليه الرد ، وعلى هذا من جلس يفقه تلامذته ويقرئهم القرآن فدخل عليه داخل فسلم وسعه أن لايرد ، لأنه إنما جلس للتعليم لالرد السلام . قال (ويكره السلام على أهل الذمة) لما فيه من تعظيمهم وهو مكروه ، وإذا اجتمع المسلمون والكفار يسلم عليهم وينوى المسلمين ، ولو قال : السلام على من اتبع الهدى يجوز (ولا بأس برد السلام على أهل الذمة) لأن الامتناع عنه يؤذيهم والرد إحسان وإيذاؤهم مكروه والإحسان بهم مندوب ، ولا يزيد فى الرد على قوله : وعليكم ، فقد قيل إنهم يقولون : السام عليكم ، فيجابون بقوله وعليكم ، وهكذا نقل عنه عليه الصلاة والسلام أنه رد عليهم ، ولابأس بعيادتهم اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن فيه برهم وما نهينا عنه ؛ ولو قال للذمى : أطال الله بقاءك ؛ إن نوى أنه يطيله ليسلم أو ليؤدى الجزية جاز لأنه دعاء بالإسلام ، وإلا لايجوز (ومن دعاه السلطان أوالأمير ليسأله عن أشياء لاينبغى أن يتكلم بغير الحق) قال عليه الصلاة والسلام « من تكلم عند ظالم بما يرضيه بغير حق يغير الله قلب الظالم عليه ويسلطه عليه » أما إذا خاف القتل أو تلف بعض جسده أو أن يأخذ ماله ، فحينئذ يسعه ذلك لأنه مكره . قال (واستماع الملاهى حرام) كالضرب بالقضيب والدف والمزمار وغير ذلك . قال عليه الصلاة والسلام « استماع

وَيُكْرَهُ تَعْشِيرِ المُصْحَفِ وَنَقْطُهُ ، وَلا بأسَ بِتَحْلِيَتِهِ ، وَلا بأسَ بِنَقْشِ المَسْجِدِ ، وَلا بأسَ بِدُخُولِ الذِّمِّيِّ المَسْجِدَ الحَرَامَ أَوْ غَيْرَهُ مِنَ المَسَاجِدِ

صوت الملاهى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر » الحديث خرّج مخرج التشديد وتغليظ الذنب ، فان سمعه بغتة يكون معذورا ، ويجب أن يجتهد أن لايسمعه لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أدخل أصبعيه فى أذنيه لئلايسمع صوت الشبابة (١) » . وعن الحسن بن زياد : لابأس بالدفّ فى العرس ليشتهر ويعلن النكاح . وسئل أبويوسف أيكره الدفّ فى غير العرس تضربه المرأة للصبىّ فى غير فسق ؟ قال لا ، فأما الذى يجىء منه الفاحش للغناء فإنى أكرهه . وقال أبو يوسف : فى دار يسمع منها صوت المزامير والمعازف أدخل عليهم بغير إذنهم لأن النهى عن المنكر فرض ، ولو لم يجز الدخول بغير إذن لامتنع الناس من إقامة هذا الفرض . رجل أظهر الفسق فى داره ينبغى للإمام أن يتقدّم عليه ، فان كفّ عنه وإلا إن شاء حبسه أو ضربه سياطا ، وإن شاء أزعجه عن داره . ومن رأى منكرا وهو ممن يرتكبه يلزمه أن ينهى عنه ، لأنه يجب عليه ترك المنكر والنهى عنه ، فاذا ترك أحدهما لايسقط عنه الآخر ؛ والمغنى والقوّال والنائحة أن أخذ المال بغير شرط يباح له ، وإن كان بشرط لايباح لأنه أجر على معصية . قال (ويكره تعشير المصحف ونقطه) لقول ابن مسعود وغيره من الصحابة رضى الله عنهم : جرّدوا المصاحف ، ويروى : جرّدوا القرآن ، والنقط والتعشير ليس من القرآن فيكون منهيا عنه . قال (ولا بأس بتحليته) لأنه تعظيم له (ولابأس بنقش المسجد) وقيل هو قربة حسنة ، وقيل مكروه والأوّل أصحّ لأنه تعظيم له . وأما التجصيص فحسن لأنه إحكام للبناء ، ويكره للزينة على المحراب لما فيه من شغل قلب المصلى بالنظر إليه ، إذا جعل البياض فوق السواد أو بالعكس للنقش لابأس به إذا فعله من مال نفسه ولا يستحسن من مال الوقف لأنه تضييع ، وتكره الخياطة وكلّ عمل من أعمال الدنيا فى المسجد لأنه ما بنى لذلك ولا وقف له ، قال تعالى ـ فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه ـ والجلوس فيه ثلاثة أيام للتعزية مكروه ، وقد رخص ذلك فى غير المسجد ، ولو جلس للعلم أو الناسخ يكتب فى المسجد لابأس به إن كان حسبة ، ويكره بالأجر إلا عند الضرورة بأن لايجد مكانا آخر وكانوا يكرهون غلق باب المسجد ولا بأس به فى زماننا فى غير أوقات الصلاة لفساد أهل الزمان فانه لايؤمن على متاع المسجد . قال (ولابأس بدخول الذمى المسجد الحرام أوغيره من المساجد) لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم أنزل وفد ثقيف فى المسجد وكانوا كفارا وقال : ليس على الأرض من نجسهم شىء » وتأويل الآية أنهم لايدخلون مستولين أو طائفين عراة كما كانت عادتهم .

(١) قال فى المنجد : الشبابة : نوع من المزمار

وَالسُّنَّةُ : تَقْلِيمُ الأَظْفَارِ ، وَنَتْفُ الإِبْطِ ، وَحَلْقُ العانَةِ وَالشَّارِبِ ، وَقَصه أَحْسَنُ

فصـــل

(والسنة : تقليم الأظفار ، ونتف الإبط ، وحلق العانة والشارب ، وقصه أحسن) وهذه من سنن الخليل صلوات الله عليه ، وفعلها نبينا صلى الله عليه وسلم وأمر بها ، وقيل أوّل من قصّ الشارب واختتن وقلم الأظفار ورأى الشيب إبراهيم عليه السلام . قال الطحاوى فى شرح الآثار : قصّ الشارب حسن ، وهو أن تأخذ حتى ينتقص عن الإطار وهو الطرف الأعلى من الشفة العليا . قال (١) : والحلق سنة وهو أحسن من القصّ وهو قول أصحابنا . قال عليه الصلاة والسلام « أحفوا الشارب واعفوا اللحى » والاحفاء الاستئصال ، وإعفاء اللحى ، قال محمد عن أبى حنيفة : تركها حتى تكثّ وتكثر والتقصير فيها سنة ، وهو أن يقبض الرجل لحيته فما زاد على قبضته قطعه لأن اللحية زينة وكثرتها من كمال الزينة وطولها الفاحش خلاف السنة ؛ والسنة النتف فى الإبط ولا بأس بالحلق ، ويبتدئ فى حلق العانة من تحت السرّة ؛ وإذا قصّ أظفاره أو حلق شعره ينبغى أن يدفنه ، قال تعالى - ألم نجعل الأرض كفاتا أحياء وأمواتا - وإن ألقاه فلا بأس به ، ويكره إلقاؤه فى الكنيف والمغتسل ، قالوا : لأنه يورث المرض . وتوفير الأظفار والشارب مندوب إليه فى دار الحرب ليكون أهيب فى عين العدوّ ، والأظافير سلاح عند عدم السلاح ، والختان للرجال سنة وهو من الفطرة ، وهو للنساء مكرمة ، فلو اجتمع أهل مصر على ترك الختان قاتلهم الإمام لأنه من شعائر الإسلام وخصائصه . واختلفوا فى وقته ، قيل حتى يبلغ ، وقيل إذا بلغ تسع سنين ، وقيل عشرا ، وقيل متى كان يطيق ألم الختان ختن وإلا فلا ، ولو ولد وهو يشبه المختون لايقطع منه شيء حتى يكون مايوارى الحشفة ، ولا بأس بثقب أذن البنات الأطفال لأنه إيلام لمنفعة الزينة وإيصال الألم إلى الحيوان لمصلحة تعود إليه جائز كالختان والحجامة وبط القرحة (٢) وقد فعل ذلك فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم . امرأة حامل اعترض الولد فى بطنها ولا يمكن استخراجه إلا بأن يقطع ويخاف على الأمّ ، إن كان ميتا لابأس به ، وإن كان حيا لايجوز . امرأة ماتت وهى حامل فاضطرب الولد فى بطنها ، فإن كان أكبر الرأى أنه حيّ يشقّ بطنها من الجانب الأيسر ، لأنه تسبيب إلى إحياء نفس محترمة . عن محمد رجل ابتلع درّة أو دنانير لرجل ومات ولم يترك مالا

---

(١) قال : أى الطحاوى اهـ

(٢) بط القرحة : شقها اهـ .

وَلابأسَ بِدُخُولِ الحَمَّامِ لِلرّجالِ وَالنِّساءِ إذَا اتّزَرَ وَغَضَّ بَصَرَهُ . ،

فصـــل

تَجُوزُ المُسابَقَةُ عَلَى الأَقْدَامِ وَالخَيْلِ وَالبِغالِ والحَمِيرِ وَالإبِلِ وَبالرَّمْيِ ،

لايشقّ بطنه وعليه قيمته لأنه لايجوز إبطال حرمة الآدمى لصيانة المال . وروى الجرجانى عن أصحابنا أنه يشقّ لأن حقّ العبد مقدّم على حقّ الله تعالى ومقدّم على حقّ الظالم المتعدى. امرأة عالجت فى إسقاط ولدها لاتأثم ما لم يستبن شيء من خلقه . شاة دخل قرنها فى قدر وتعذّر إخراجه ينظر أيهما أكثر قيمة يؤمر بدفع قيمة الآخر فيملكه ثم يتلف أيهما شاء . ويكره تعليم البازى وغيره من الجوارح بالطير الحىّ يأخذه فيعذّبه ، ولا بأس بتعليمه بالمذبوح . قال (ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء إذا اتزر وغضّ بصره) لما فيها من معنى النظافة والزينة وتوارث الناس ذلك من غير نكير . وغمز الأعضاء فى الحمام مكروه لأنه عادة المترفين والمتكبرين إلا من عذر ألم أو تعب فلا بأس به ؛ ويكره القعود على القبور لورود النهى عنه ؛ ويكره الإشارة إلى الهلال عند رؤيته لأنه من عادة الجاهلية كانوا يفعلونه تعظيما له . أما إذا أشار إليه ليريه صاحبه فلا بأس به ، ولا يحمل الخمر إلى الخلّ ويحمل الخلّ إليها ، ولا تحمل الجيفة إلى الهرّة وتحمل الهرّة إليها ، ولا يحمل سراج المسجد إلى بيته ، ولا بأس بحملها من البيت إلى المسجد ، ولا يقود أباه النصرانى إلى البيعة ويقوده من البيعة إلى البيت ؛ وتستحبّ القيلولة وذلك بين المنجلين (١) ، قال عليه الصلاة والسلام « قيلوا فانّ الشيطان لايقيل » . رجل يختلف إلى أهل الظلم والشرّ ليدفع عنه ظلمه وشرّه إن كان مشهورا ممن يقتدى به كره له ذلك ، لأنّ الناس يظنون أنه يرضى بأمره ، فيكون مذلة لأهل الحقّ ؛ وإن لم يكن مشهورا لابأس به إن شاء الله تعالى .

فصـــل

(تجوز المسابقة على الأقدام والخيل والبغال والحمير والإبل وبالرمى) والأصل فيه حديث أبى هريرة أن النبىّ عليه الصلاة والسلام قال « لاسبق إلا فى خفّ أو نصل أو حافر » والمراد بالخفّ الإبل ، وبالنصل الرمى ، وبالحافر الفرس والبغل والحمار . وعن الزهرى قال : كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله عليه الصلاة والسلام فى الخيل والركاب والأرجل ، ولأنه مما يحتاج إليه فى الجهاد للكرّ والفرّ ، وكل ما هو من أسباب الجهاد فتعلمه مندوب إليه

(١) قوله بين المنجلين : كذا بالأصل .

فانْ شُرِطَ فيهِ جُعْلٌ مِنْ أحَدِ الجانِبَيْنِ أوْ مِنْ ثالِثٍ لأسْبَقِهِما فَهُوَ جائِزٌ، وإنْ شُرِطَ مِنَ الجانِبَيْنِ فَهُوَ قِمارٌ إلاَّ أنْ يَكُونَ بَيْنَهُما مُحَلِّلٌ بِفَرَسٍ كُفْءٍ لِفَرَسَيْهِما يُتَوَهَّمُ سَبْقُهُ لَهُما إنْ سَبَقَهُما أخَذَ مِنْهُما ، وإنْ سَبَقاهُ لَمْ يُعْطِهِما ، وفِيما بَيْنَهُما أيُّهُما سَبَقَ أخَذَ مِنْ صاحِبِهِ ، وعَلى هَذا التَّفْصِيلِ إذا اخْتَلَفَ فَقِيهانِ فِي مَسْألَةٍ وأرادا الرُّجُوعَ إلى شَيْخٍ وجَعَلا عَلى ذلكَ جُعْلاً .

وكانت العضباء ناقة رسول الله عليه الصلاة والسلام لاتسبق ، فجاء أعرابيّ على قعود فسبقها فشقّ ذلك على المسلمين ، فقال عليه الصلاة والسلام « ما رفع الله شيئا إلا وضعه » وفى الحديث « تسابق رسول الله عليه الصلاة والسلام وأبو بكر وعمر فسبق رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وصلىَ (١) أبو بكر وثلث عمر » وعن النبيّ صلى الله عليه وسلم « لاتحضر الملائكة شيئا من الملاهى سوى النصال والرهان » أى الرمى والمسابقة . قال (فان شرط فيه جعل من أحد الجانبين أو من ثالث لأسبقهما فهو جائز) وذلك مثل أن يقول أحدهما لصاحبه : إن سبقتنى أعطيتك كذا ، وإن سبقتك لاآخذ منك شيئا ، أو يقول الأمير لجماعة فرسان من سبق منكم فله كذا ، وإن سبق لاشىء عليه ؛ أو يقول لجماعة الرماة : من أصاب الهدف فله كذا ، وإنما جاز فى هذين الوجهين لأنه تحريض على تعليم آلة الحرب والجهاد ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « المؤمنون عند شروطهم » وفى القياس لايجوز لأنه تعليق المال بالخطر . قال (وإن شرط من الجانبين فهو قمار) وإنه حرام (إلا أن يكون بينهما محلل بفرس كفء لفرسيهما يتوهم سبقه لهما ، إن سبقهما أخذ منهما ، وإن سبقاه لم يعطهما ، وفيما بينهما أيهما سبق أخذ من صاحبه) وإنما جاز ذلك لأنه بالمحلل خرج عن أن يكون قمارا فيجوز لما ذكرنا ، وقيل فى المحلل أن يكون إن سبقاه أعطاهما ، وإن سبقهما لم يأخذ منهما وهوجائز أيضا لما ذكرنا ، ولو لم يكن فرس المحلل مثلهما لايجوز لأنه لافائدة فى إدخاله بينهما فلايخرج من أن يكون قمارا . قال (وعلى هذا التفصيل إذا اختلف فقيهان فى مسألة وأرادا الرجوع إلى شيخ وجعلا على ذلك جعلا) لأنه لما جاز فى الأفراس لمعنى يرجع إلى الجهاد يجوز هنا للحثّ على الجهد فى طلب العلم ، لأن الدين يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد ، والمسابقة بالخيل للرّياضة مالم يتعبهما مندوب إليه ، وكذلك على الأقدام والرمى ، قال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى يدخل بالسهم الواحد الجنة ثلاثة : صانعه ومنبله والرامى به » رواه عقبة بن عامر الجهنى ؛ ونخس الدابة وركضها للجهاد وغيره من غرض صحيح لابأس به ، وللتلهى مكروه ، وركض الدابة بتكلف

---

(١) قوله وصلى ، قال فى القاموس : صلى الفرس : تلا السابق ؛ وقال أيضا : ثلثه الفرس : جاء بعد المصلى .

للعرض على المشترى مكروه لأنه يغرّ بالمشترى . وفى الحديث « تضرب الدابة على النفار ولا تضرب على العثار » فان العثار يكون من سوء إمساك الراكب اللجام ، والنفار من سوء خلق الدابة فتؤدّب على ذلك . وعن عمر رضى الله عنه أنه كتب إلى سعد بن أبى وقاص : لاتخصينّ فرسا ولا تجرينّ فرسا ، ومعناه أن صهيل الفرس يرهب العدوّ ، والخصى يمنعه لاأنه حرام لأنهم تعارفوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا من غير نكير ، ويجوز شراء الخصىّ من الخيل وركوبه بالاتفاق ؛ ومعى النهى الثانى إجراء الفرس فوق ما يحتمله .

فصل فى الكسب

قال محمد بن سماعة : سمعت محمد بن الحسن يقول : طلب الكسب فريضة كما أن طلب العلم فريضة ، وهذا صحيح لما روى ابن مسعود عن النبىّ عليه الصلاة والسلام قال طلب الكسب فريضة على كلّ مسلم » وقال عليه الصلاة والسلام « طلب الكسب بعد الصلاة المكتوبة » أى الفريضة بعد الفريضة ، ولأنه لايتوسل إلى إقامة الفرض إلا به فكان فرضا لأنه لايتمكن من أداء العبادات إلا بقوّة بدنه وقوة بدنه بالقوت عادة وخلقة . قال تعالى ـ وما جعلناهم جسدا لايأكلون ـ وتحصيل القوت بالكسب ولأنه يحتاج فى الطهارة إلى آلة الاستقاء والآنية ، ويحتاج فى الصلاة إلى ما يستر عورته ، وكل ذلك إنما يحصل عادة بالاكتساب والرسل عليهم الصلاة والسلام كانوا يكتسبون ، فآدم زرع الحنطة وسقاها وحصدها وداسها وطحنها وعجنها وخبزها وأكلها ؛ ونوح كان نجارا ، وإبراهيم كان بزازا ، وداود كان يصنع الدروع ، وسليمان كان يصنع المكاتل (١) من الخوص ، وزكريا كان نجارا ، ونبينا رعى الغنم ، وكانوا يأكلون من كسبهم ، وكان الصدّيق رضى الله عنه بزازا ، وعمر يعمل فى الأديم ، وعثمان كان تاجرا يجلب الطعام فيبيعه ، وعلىّ كان يكتسب فقد صحّ أنه كان يؤاجر نفسه ، ولا تلتفت إلى جماعة أنكروا ذلك وقعدوا فى المساجد أعينهم طامحة وأيديهم مادّة إلى ما فى أيدى الناس يسمون أنفسهم المتوكلة ، وليسوا كذلك ، يتمسكون بقوله تعالى ـ وفى السماء رزقكم وما توعدون ـ وهم بمعناه وتأويله جاهلون ، فان المراد به المطر الذى هو سبب إنبات الرزق ، ولو كان الرزق ينزل علينا من السماء لما أمرنا بالاكتساب والسعى فى الأسباب ، قال تعالى ـ فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه ـ وقال تعالى ـ أنفقوا من طيبات ما كسبتم ـ .

(١) قوله المكاتل ، قال فى المنجد : المكتل والمكتلة زنبيل من خوص والجمع مكاتل

وأفْضَلُ أسْبابِ الكَسْبِ : الجِهادُ ثُمَّ التِّجارَةُ ثُمَّ الزِّراعَةُ ثُمَّ الصِّناعَةُ .

وفى الحديث « إن الله تعالى يقول : يا عبدى حرّك يدك أنزل عليك الرزق » وقال تعالى - وهزّى إليك بجذع النخلة تساقط عليك رطبا جنيا - وكان تعالى قادرا أن يرزقها من غير هزّ منها ، لكن أمرها ليعلم العباد أن لايتركوا اكتساب الأسباب ، فان الله تعالى هو الرزّاق ونظير هذا خلق الإنسان ، فان الله تعالى قادر على خلقه لامن سبب ولا فى سبب كآدم عليه السلام ، ويخلق من سبب لافى سبب كحوّاء ، وقد يخلق فى سبب لامن سبب كعيسى ، وقد يخلق من سبب فى سبب كسائر بنى آدم ؛ فطلب العبد الولد بالنكاح لاينفى كون الخالق هو الله تعالى ، فكذلك طلبه الرزق بأسبابه لاينفى كون الرازق هو الله تعالى ، والدلائل على ذلك كثيرة والأحاديث الواردة فيه متوافرة ، وكتابنا هذا يضيق عن استيعابها ، وفى هذا بلاغ ومقنع .

وطلب العلم فريضة ، قال عليه الصلاة والسلام « طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة » وهو أقسام : فرض ، وهو مقدار ما يحتاج إليه لإقامة الفرائض ومعرفة الحقّ من الباطل ، والحلال من الحرام ، وهو محمل الحديث ؛ ومستحبّ وقربة كتعليم ما لايحتاج إليه ليعلم من يحتاج إليه كالفقير يتعلم أحكام الزكاة والحجّ ليعلمها من وجبا عليه ، وكذلك تعلم الفضائل والسنن كالأذان والإقامة والجماعة وسنة الختان ونحوها ، ومباح وهو الزيادة على ذلك للزينة والكمال ؛ ومكروه وهو التعلم ليباهى به العلماء ويمارى به السفهاء ، قال عليه الصلاة والسلام « من تعلم علما ليباهى به العلماء ويمارى به السفهاء ألجم بلجام من نار يوم القيامة » ولذلك كره أبوحنيفة تعلم الكلام والمناظرة فيه وراء قدر الحاجة . والتعليم بقدر مايحتاج إليه لإقامة الفرض فرض أيضا ، قال عليه الصلاة والسلام « من سئل عن علم عنده احتاج الناس إليه فكتمه ألجم يوم القيامة بلجام من نار » حتى قالوا : يجب على المولى أن يعلم عبده من القرآن والعلم بقدر ما يحتاج إليه لأداء الفرائض ، ويفترض العلماء تعليمه إلى أن يفهم المتعلم ويحفظه ويضبطه ، لأنه لايتمكن من إقامة الفرائض إلا بالحفظ ؛ ولا يجب على الفقيه أن يجيب عن كل ما يسأل إذا كان هناك من يجيب غيره ، فان لم يكن يلزمه الجواب ، لأن الفتوى والتعليم فرض كفاية . قال (وأفضل أسباب الكسب الجهاد) لأن فيه الجمع بين حصول الكسب وإعزاز الدين وقهر عدوّ الله تعالى (ثم التجارة) لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام حثّ عليها فقال « التاجر الصدوق مع الكرام البررة » وقال « إن الله يحبّ التاجر الصدوق » (ثم الزراعة) وأوّل من فعله آدم عليه السلام ، وقال عليه الصلاة والسلام « الزارع يتاجر ربه » وقال « اطلبوا الرزق تحت خبايا الأرض » (ثم الصناعة) لأنه عليه الصلاة والسلام حرّض عليها فقال « الحرفة أمان

ثُمَّ هُوَ فَرْضٌ ، وَهُوَ الكَسْبُ بِقَدْرِ الكِفَايَةِ لِنَفْسِهِ وَعِيَالِهِ وَقَضَاءِ دُيُونِهِ . وَمُسْتَحَبٌّ ، وَهُوَ الزِّيَادَةُ عَلَى ذلِكَ لِيُوَاسِيَ بِهِ فَقِيرًا ، أَوْ يُجَازِيَ بِهِ قَرِيبًا . وَمُبَاحٌ ، وَهُوَ الزِّيَادَةُ لِلتَّجَمُّلِ وَالتَّنَعُّمِ . وَمَكْرُوهٌ ، وَهُوَ الجَمْعُ لِلتَّفَاخُرِ وَالتَّكَاثُرِ وَالبَطَرِ وَالأَشَرِ وَإِنْ كَانَ مِنْ حِلٍّ .

أَمَّا الأَكْلُ فَعَلَى مَرَاتِبَ : فَرْضٌ ، وَهُوَ مَا يَنْدَفِعُ بِهِ الهَلَاكُ . وَمَأْجُورٌ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مَازَادَ عَلَيْهِ لِيَتَمَكَّنَ مِنَ الصَّلَاةِ قَائِمًا وَيَسْهُلَ عَلَيْهِ الصَّوْمُ .

من الفقر » ومنهم من فضل الزرع على التجارة لأنه أعمّ نفعا ، قال عليه الصلاة والسلام « ما زرع أو غرس مسلم شجرة فتناول منها إنسان أو دابة أو طير إلا كانت له صدقة ». (ثم هو) أنواع : (فرض ، وهو الكسب بقدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه) لما بينا أنه لايتوسل إلى إقامة الفرض إلا به وهو قضاء الدين ونفقة من يجب عليه نفقته ، فان ترك الاكتساب بعد ذلك وسعه . قال عليه الصلاة والسلام « من أصبح آمنا فى سربه معافى فى جسده عنده قوت يومه فكأنما حيزت له الدنيا بحذافيرها » وإن اكتسب ما يدخره لنفسه وعياله فهو فى سعة ، فقد صح أن النبيّ عليه الصلاة والسلام ادخر قوت عياله سنة . (ومستحبّ ، وهو الزيادة على ذلك ليواسى به فقيرا ، أو يجازى به قريبا) فانه أفضل من التخلى لنفل العبادة ، لأن منفعة النفل تخصه ومنفعة الكسب له ولغيره ، وقال عليه الصلاة والسلام « خير الناس من ينفع الناس » وقال عليه الصلاة والسلام « تباهت العبادات فقالت الصدقة أنا أفضلها » وقال عليه الصلاة والسلام « الناس عيال الله فى الأرض وأحبهم إليه أنفعهم لعياله » . (ومباح ، وهو الزيادة للتجمل والتنعم) قال عليه الصلاة والسلام « نعم المال الصالح للرجل الصالح » وقال عليه الصلاة والسلام « من طلب الدنيا حلالا متعففا لقى الله تعالى ووجهه كالقمر ليلة البدر » . (ومكروه ، وهو الجمع للتفاخر والتكاثر والبطر والأشر وإن كان من حلّ) فقد قال عليه الصلاة والسلام « من طلب الدنيا مفاخرا مكاثرا لقى الله تعالى وهو عليه غضبان » .

ثم اعلم أن الله تعالى خلق بنى آدم خلقا لاقوام له إلا بالأكل والشرب واللباس ، وكل منها ينقسم إلى : مباح ، ومحظور وغيرهما ، وأنا أبينه بتوفيق الله تعالى (أما الأكل فعلى مراتب : فرض ، وهو ما يندفع به الهلاك) لأنه لإبقاء البنية ، إذ لابقاء لها بدونه وبه يتمكن من أداء الفرائض على ما مرّ ويؤجر على ذلك ، قال عليه الصلاة والسلام « إن الله ليؤجر فى كل شىء حتى اللقمة يرفعها العبد إلى فيه » فان ترك الأكل والشرب حتى هلك فقد عصى ، لأن فيه إلقاء النفس إلى التهلكة ، وإنه منهى عنه فى محكم التنزيل . قال (ومأجور عليه ، وهو مازاد عليه ليتمكن من الصلاة قائما ويسهل عليه الصوم)

وَمُبَاحٌ ، وَهُوَ مَازَادَ عَلَى ذلكَ إلى الشِّبَعِ لِتَزْدَادَ قُوَّةُ البَدَنِ . وَحَرَامٌ ، وَهُوَ الأَكْلُ فَوْقَ الشِّبَعِ إلاَّ إذَا قَصَدَ التَّقَوِّى عَلَى صَوْمِ الغَدِ أَوْ لِئَلاَّ يَسْتَحِيَ الضَّيْفُ ؛ وَلا تَجُوزُ الرِّيَاضَةُ بِتَقْلِيلِ الأَكْلِ حَتَّى يَضْعُفَ عَنْ أَدَاءِ الفَرَائِضِ ، وَمَنِ امْتَنَعَ مِنْ أَكْلِ المَيْتَةِ حَالَةَ المَخْمَصَةِ ،

قال عليه الصلاة والسلام « المؤمن القوىّ أحبّ إلى الله تعالى من المؤمن الضعيف » ولأن الاشتغال بما يتقوّى به على الطاعة طاعة . وسئل أبو ذرّ رضى الله عنه عن أفضل الأعمال فقال : الصلاة وأكل الخبز إشارة إلى ما قلنا . قال (ومباح ، وهو ما زاد على ذلك إلى الشبع لتزداد قوّة البدن) ولا أجر فيه ولا وزر ، ويحاسب عليه حسابا يسيرا إن كان من حلّ ، فقد روى « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام أتى بعوق فيه تمر ورطب فقال : إنكم لتحاسبون فى هذا » فرفعه عمر ورفضه وقال : أفى هذا نحاسب ؟ فقال عليه الصلاة والسلام إى والله والذى نفسى بيده إنكم لتحاسبون يوم القيامة فى الماء البارد والماء الحارّ إلا خرقة تستر بها عورتك ، وكسرة خبز تردّ بها جوعتك ، وشربة ماء تطفئ بها عطشك » وقال عليه الصلاة والسلام « يكفى ابن آدم لقيمات يقمن صلبه ولا يلام على كفاف » . قال (وحرام ، وهو الأكل فوق الشبع) لأنه إضاعة للمال وإمراض للنفس ولأنه تبذير وإسراف وقال عليه الصلاة والسلام « ما ملأ ابن آدم وعاء أشرّ من البطن ، فان كان لابدّ فثلث للطعام وثلث للشراب وثلث للنفس » وتجشأ رجل فى مجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم فغضب عليه وقال « نحّ عنا جشاك ، أما علمت أن أطول الناس عذابا يوم القيامة أكثرهم شبعا فى الدنيا ؟ » وقيل لعمر : ألا تتخذ جوارشا ؟ فقال : وما يكون الجوارش ؟ قالوا : هاضوما يهضم الطعام ، قال : سبحان الله أو يأكل المسلم فوق الشبع ؟ . قال (إلا إذا قصد التقوّى على صوم الغد) لأن فيه فائدة (أو لئلا يستحى الضيف) لأنه إذا أمسك والضيف لم يشبع ربما استحى فلا يأكل حياء وخجلا ، فلا بأس بأكله فوق الشبع لئلا يكون ممن أساء القرى وهو مذموم عقلا وشرعا . قال (ولا تجوز الرياضة بتقليل الأكل حتى يضعف عن أداء الفرائض) قال عليه الصلاة والسلام « إن نفسك مطيتك فارفق بها » وليس من الرفق أن يجيعها ويذيبها ، ولأن ترك العبادة لايجوز فكذا ما يفضى إليه ، فأما تجويع النفس على وجه لايعجز عن أداء العبادات فهو مباح وفيه رياضة النفس وبه يصير الطعام مشتهى ، بخلاف الأوّل فانه إهلاك للنفس ؛ وكذا الشاب الذى يخاف الشبق لابأس بأن يمتنع عن الأكل ليكسر شهوته بالجوع على وجه لايعجز عن أداء العبادات على ما قال عليه الصلاة والسلام « فانه له وجاء » . قال (ومن امتنع من أكل الميتة حالة المخمصة ،

أَوْ صَامَ وَلَمْ يَأْكُلْ حتى ماتَ أَثِمَ ، وَمَنِ امْتَنَعَ مِنَ التَّدَاوِي حَتَّى ماتَ لَمْ يَأْثَمْ ، وَلا بأْسَ بالتَّفَكُّهِ بِأَنْوَاعِ الفَوَاكِهِ ، وَتَرْكُهُ أَفْضَلُ ، وَاتِّخاذُ أَلْوَانِ الأَطْعِمَةِ وَالباجاتِ وَوَضْعُ الخُبْزِ عَلَى المائِدَةِ أَكْثَرَ مِنَ الحاجَةِ سَرَفٌ ، وَوَضْعُ المَمْلَحَةِ عَلَى الخُبْزِ ، وَمَسْحُ الأَصابِعِ وَالسِّكِّينِ بِهِ مَكْرُوهٌ ، وَلَكِنْ يُتْرَكُ المِلْحُ عَلَى الخُبْزِ . وَسُنَنُ الطَّعامِ البَسْمَلَةُ فى أَوَّلِهِ ، وَالحَمْدَلَةُ فى آخرِهِ .

أو صام ولم يأكل حتى مات أثم) لأنه أتلف نفسه لما بينا أنه لابقاء له إلا بأكل ، والميتة حالة المخمصة إما حلال أو مرفوع الإثم فلا يجوز الامتناع عنه إذا تعين لإحياء النفس . وروى ذلك عن مسروق وجماعة من العلماء والتابعين ، وإذا كان يأثم بترك أكل الميتة فما ظنك بترك الذبيحة وغيرها من الحلالات حتى يموت جوعا . قال (ومن امتنع من التداوي حتى مات لم يأثم) لأنه لايقين بأن هذا الدواء يشفيه ولعله يصحّ من غير علاج . قال (ولا بأس بالتفكه بأنواع الفواكه) لقوله تعالى - كلوا من طيبات ما رزقناكم - وفيه نزل قوله تعالى - لاتحرّموا طيبات ما أحلّ الله لكم - . قال (وتركه أفضل) لئلا تنقص درجته ، ويدخل تحت قوله تعالى - أذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا - . قال (واتخاذ ألوان الأطعمة والباجات ، ووضع الخبز على المائدة أكثر من الحاجة سرف) لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام عدّه من أشراط الساعة . وعن عائشة : أن النبيّ عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك إلا أن يكون من قصده أن يدعو الأضياف قوما بعد قوم حتى يأتوا على آخره لأن فيه فائدة . ومن الإسراف أن يأكل وسط الخبز ويدع حواشيه ، أو يأكل ما انتفخ منه ويترك الباقى لأن فيه نوع تجبر إلا أن يكون غيره يتناوله فلا بأس به كما إذا اختار رغيفا دون رغيف . قال (ووضع المملحة على الخبز ، ومسح الأصابع والسكين به مكروه ولكن يترك الملح على الخبز) لأن غيره يستقذر ذلك وفيه إهانة بالخبز وقد أمرنا باكرامه . وقال عليه الصلاة والسلام « أكرموا الخبز فإنه من بركات السموات والأرض » قال عليه الصلاة والسلام « ما استخفّ قوم بالخبز إلا ابتلاهم الله بالجوع » . ومن إكرام الخبز أن لاينتظروا الإدام إذا حضر . ومن الإسراف إذا سقطت من يده لقمة أن يتركها . قال عليه الصلاة والسلام « ألق عنها الأذى ثم كلها » . قال (وسنن الطعام : البسملة فى أوّله والحمدلة فى آخره) فان نسى البسملة فى أوّله فليقل إذا ذكر : باسم الله على أوّله وآخره ، بجميع ذلك ورد الأثر ، وهو شكر المؤمن إذا رزق ، قال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى يرضى من عبده المؤمن إذا قدّم إليه طعام أن يسمى الله فى أوّله ويحمد الله فى آخره »

وَغَسْلُ اليَدَيْنِ قَبْلَهُ وبَعْدَهُ وَيُسْتَحَبُّ اتِّخاذُ الأَوْعِيَةِ لِنَقْلِ المَاءِ إِلى البُيُوتِ ، وَاتِّخاذُها مِنَ الخَزَفِ أَفْضَلُ ، وَيُنْفِقُ عَلى نَفْسِهِ وَعِيالِهِ بِلا سَرَفٍ وَلا تَقْتِيرٍ ، وَمَنِ اشْتَدَّ جُوعُهُ حَتّى عَجَزَ عَنْ طَلَبِ القُوتِ فَفَرْضٌ عَلى كُلِّ مَنْ عَلِمَ بِهِ أَنْ يُطْعِمَهُ أَوْ يَدُلَّ عَلَيْهِ مَنْ يُطْعِمُهُ فَإِنْ قَدَرَ عَلى الكَسْبِ يَلْزَمُهُ أَنْ يَكْتَسِبَ ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ لَزِمَهُ السُّؤَالُ ، فَإِنْ تَرَكَ السُّؤالَ حَتّى ماتَ أَثِمَ ،

قال (وغسل اليدين قبله وبعده) قال عليه الصلاة والسلام « الوضوء قبل الطعام ينفى الفقر وبعده ينفى اللمم » والمراد بالوضوء هنا غسل اليدين ، والأدب أن يبدأ بالشباب قبله وبالشيوخ بعده ، ولا يمسح يده قبل الطعام بالمنديل ليكون أثر الغسل باقيا وقت الأكل ، ويمسحها بعده ليزول أثر الطعام بالكلية . قال (ويستحبّ اتخاذ الأوعية لنقل الماء إلى البيوت) لحاجة الوضوء والشرب للنساء لأنهنّ عورة وقد نهين عن الخروج ، قال تعالى ـ وقرن فى بيوتكنّ ـ فيلزم الزوج ذلك كسائر حاجاتها . قال (واتخاذها من الخزف أفضل) إذ لاسرف فيه ولامخيلة . وفى الحديث « من اتخذ أوانى بيته خزفا زارته الملائكة » ويجوز اتخاذها من نحاس أو رصاص أو شبه أو أدم ، ولا يجوز من الذهب والفضة لما مرّ . قال (وينفق على نفسه وعياله بلا سرف ولا تقتير) ولا يتكلف لتحصيل جميع شهواتهم ، ولا يمنعهم جميعها ويتوسط ، قال تعالى ـ والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ـ ولا يستديم الشبع ، قال عليه الصلاة والسلام « أجوع يوما وأشبع يوما » .

فالحاصل أنه يحرم على المسلم الإفساد لما اكتسبه والسرف والمخيلة فيه ، قال الله تعالى ـ ولا تبغ الفساد فى الأرض ـ وقال ـ ـ والله لايحبّ الفساد ـ . وقال ـ ولا تسرفوا إنه لايحبّ المسرفين ـ وقال ـ ولا تبذّر تبذيرا إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين ـ . قال (.ومن اشتدّ جوعه حتى عجز عن طلب القوت ففرض على كلّ من علم به أن يطعمه أو يدلّ عليه من يطعمه) صونا له عن الهلاك ، فان امتنعوا من ذلك حتى مات اشتركوا فى الإثم ، قال عليه الصلاة والسلام « ما آمن بالله من بات شبعان وجاره إلى جنبه طاو » وقال عليه الصلاة والسلام « أيما رجل مات ضياعا بين أقوام أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله وذمة رسوله » وإن أطعمه واحد سقط عن الباقين ، وكذا إذا رأى لقيطا أشرف على الهلاك أو أعمى كاد أن يتردّى فى البئر وصار هذا كانجاء الغريق . قال (فان قدر على الكسب يلزمه أن يكتسب) لما بينا (وإن عجز عنه لزمه السؤال) فانه نوع اكتساب لكن لايحلّ إلا عند العجز ، قال عليه الصلاة والسلام « السؤال آخر كسب العبد » (فان ترك السؤال حتى مات أثم) لأنه ألقى بنفسه إلى التهلكة ، فان السؤال يوصله إلى ما يقوّم به نفسه

وَمَنْ كانَ لَهُ قُوتُ يَوْمِهِ لايَحِلُّ لَهُ السُّؤَالُ ، وَيُكْرَهُ إعْطاءُ سُؤَّالِ المَساجِدِ وَإنْ كانَ لايَتَخَطَّى النَّاسَ وَلا يَمْشِي بَيْنَ يَدَيِ المُصَلِّينَ لايُكْرَهُ ؛ وَلا يَجُوزُ قَبُولُ هَدِيَّةِ أُمَرَاءِ الجَوْرِ ، إلاَّ إذَا عَلِمَ أنَّ أكْثَرَ مالِهِ حَلالٌ ، وَوَلِيمَةُ العُرْسِ سُنَّةٌ ، وَيَنْبَغِي لِمَنْ دُعِيَ أنْ يُجِيبَ ، فان لَمْ يَفْعَلْ أثِمَ ، وَلا يَرْفَعُ مِنْها شَيْئا ، وَلا يُعْطِي سائِلاً إلاَّ بإذْنِ صَاحِبِها ؛ وَمَنْ دُعِيَ إلى وَلِيمَةٍ عَلَيْها لَهْوٌ إنْ عَلِمَ بِهِ لايُجِيبُ ،

فى هذه الحالة كالكسب ، ولا ذلّ فى السؤال فى هذه الحالة ، فقد أخبر الله تعالى عن موسى وصاحبه أنهما أتيا أهل قرية استطعما أهلها . وقال عليه الصلاة والسلام لرجل من أصحابه « هل عندك شيء فآكله ؟ » . قال (ومن كان له قوت يومه لايحلّ له السؤال) لقوله عليه الصلاة والسلام « من سأل الناس وهو غنىّ عما يسأل جاء يوم القيامة ومسألته خدوش أو خموش أو كدوح فى وجهه » ولأنه أذلّ نفسه من غير ضرورة وأنه حرام . قال عليه الصلاة والسلام « لايحلّ للمسلم أن يذلّ نفسه » . قال (ويكره إعطاء سؤال المساجد) فقد جاء فى الأثر : ينادى يوم القيامة ليقم بغيض الله ، فيقوم سؤال المسجد (وإن كان لايتخطى الناس ولا يمشى بين يدى المصلين لايكره) وهو المختار ، فقد روى أنهم كانوا يسألون فى المسجد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى روى أن عليا رضى الله عنه تصدّق بخاتمه فى الصلاة فمدحه الله تعالى بقوله - ويؤتون الزكاة وهم راكعون - وإن كان يمرّ بين يدى المصلى ويتخطى رقاب الناس يكره ، لأنه إعانة على أذى الناس حتى قيل : هذا فلس يكفره سبعون فلسا . قال (ولا يجوز قبول هدية أمراء الجور) لأن الغالب فى مالهم الحرمة . قال (إلا إذا علم أن أكثر ماله حلال) بأن كان صاحب تجارة أو زرع فلا بأس به ، لأن أموال الناس لاتخلو عن قليل حرام والمعتبر الغالب ، وكذلك أكل طعامهم . قال (ووليمة العرس سنة) قديمة وفيها مثوبة عظيمة ، قال عليه الصلاة والسلام « أولم ولو بشاة » وهى إذا بنى الرجل بامرأته أن يدعو الجيران والأقرباء والأصدقاء ويذبح لهم ويصنع لهم طعاما (وينبغى لمن دعى أن يجيب ، فإن لم يفعل أثم) لقوله عليه الصلاة والسلام « من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله » فان كان صائما أجاب ودعا ، وإن لم يكن صائما أكل ودعا ، وإن لم يأكل أثم وجفا لأنه استهزأ بالمضيف ، وقال عليه الصلاة والسلام « لو دعيت إلى كراع (١) لأجبت » . قال (ولا يرفع منها شيئا ولا يعطى سائلا إلا باذن صاحبها) لأنه إنما أذن له فى الأكل دون الرفع والإعطاء . قال (ومن دعى إلى وليمة عليها لهو إن علم به لايجيب) لأنه لم يلزمه حقّ الإجابة .

---

(١) الكراع : مستدقّ الساق .

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى حَضَرَ إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى مَنْعِهِمْ فَعَلَ ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ فَإِنْ كَانَ اللَّهْوُ عَلَى الْمَائِدَةِ لَايَقْعُدُ ؛ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَائِدَةِ ، فَإِنْ كَانَ مُقْتَدًى بِهِ لَايَقْعُدُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُقْتَدًى بِهِ فَلَا بَأْسَ بِالْقُعُودِ .

فصــــل

الْكِسْوَةُ : مِنْهَا فَرْضٌ ، وَهُوَ مَا يَسْتُرُ الْعَوْرَةَ وَيَدْفَعُ الْحَرَّ وَالْبَرْدَ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِنَ الْقُطْنِ أَوِ الْكَتَّانِ بَيْنَ النَّفِيسِ وَالدَّنِيءِ . وَمُسْتَحَبٌّ ، وَهُوَ سَتْرُ الْعَوْرَةِ ، وَأَخْذُ الزِّينَةِ ؛

(وإن لم يعلم حتى حضر إن كان يقدر على منعهم فعل) لأنه نهى عن منكر (وإن لم يقدر ، فان كان اللهو على المائدة لايقعد) لأن استماع اللهو حرام والإجابة سنة ، والامتناع عن الحرام أولى من الإتيان بالسنة (وإن لم يكن على المائدة ، فان كان مقتدى به لايقعد) لأن فيه شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين ، وما روى عن أبي حنيفة أنه قال : ابتليت بهذا مرة فصبرت كان قبل أن يصير مقتدى به (وإن لم يكن مقتدى به فلا بأس بالقعود) وصار كتشييع الجنازة إذا كان معها نياحة لايترك التشييع والصلاة عليها لما عندها من النياحة كذا هنا .

فصــــل

(الكسوة : منها فرض ، وهو ما يستر العورة ويدفع الحرّ والبرد) قال تعالى - خذوا زينتكم عند كل مسجد - : أى ما يستر عوراتكم عند الصلاة ، ولأنه لايقدر على أداء الصلاة إلا بستر العورة وخلقه لايحتمل الحرّ والبرد فيحتاج إلى دفع ذلك بالكسوة فصار نظير الطعام والشراب فكان فرضا (وينبغى أن يكون من القطن أو الكتان) هو المأثور وهو أبعد عن الخيلاء ، وينبغى أن يكون (بين النفيس والدنىء) لئلا يحتقر فى الدنىء ، ويأخذه الخيلاء فى النفيس . وعن النبيّ عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن الشهرتين » وهو ما كان فى نهاية النفاسة ، وما كان فى نهاية الخساسة ، وخير الأمور أوساطها ؛ وينبغى أن يلبس الغسيل فى عامة الأوقات ولا يتكلف الجديد . قال عليه الصلاة والسلام « البذاذة من الإيمان » وهى رثاثة الهيئة ، ومراده التواضع فى اللباس وترك التبجح به : (ومستحبّ : وهو ستر العورة وأخذ الزينة) قال عليه الصلاة والسلام « إن الله يحبّ

وَمُباحٌ ، وَهُوَ الثَّوْبُ الجَمِيلُ لِلتَّزَيُّنِ بِهِ فِى الجُمَعِ وَالأَعْيادِ وَمَجامِعِ النَّاسِ . وَمَكْرُوهٌ ، وَهُوَ اللُّبْسُ لِلتَّكَبُّرِ وَالخُيَلاءِ . وَيُسْتَحَبُّ الأَبْيَضُ مِنَ الثِّيابِ ، وَيُكْرَهُ الأَحْمَرُ وَالمُعَصْفَرُ . وَالسُّنَّةُ : إِرْخاءُ طَرَفِ العِمامَةِ بَيْنَ كَتِفَيْهِ ، وَإِذا أَرادَ أَنْ يُجَدِّدَ لَفَّها نَقَضَها كَما لَفَّها .

فصــــل

الكَلامُ مِنْهُ ما يُوجِبُ أَجْرًا كالتَّسْبِيحِ وَالتَّحْمِيدِ ، وَقِراءَةِ القُرْآنِ ، وَالأَحادِيثِ النَّبَوِيَّةِ وَعِلْمِ الفِقْهِ ،

أن يرى أثر نعمه على عبده» . (ومباح : وهو الثوب الجميل للتزين به فى الجمع والاعياد ومجامع الناس) فقد روى « أنه عليه الصلاة والسلام كان له جبة فنك (١) يلبسها يوم عيد، وأهدى له المقوقس قباء مكفوفا بالحرير كان يلبسه للجمع والأعياد ولقاء الوفود » إلا أن فى تكلف ذلك فى جميع الأوقات صلفا ومشقة ، وربما يغيظ المحتاجين فالتحرّز عنه أولى . (ومكروه : وهو اللبس للتكبر والخيلاء) لما بينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام للمقداد ابن معديكرب « كل والبس واشرب من غير مخيلة » . (ويستحبّ الأبيض من الثياب) لقوله عليه الصلاة والسلام « خير ثيابكم البيض » وقال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى يحبّ الثياب البيض ، وإنه خلق الجنة بيضاء » . (ويكره الأحمر والمعصفر) ولا يظاهر بين جبتين أو أكثر فى الشتاء إذا وقع الاكتفاء بدون ذلك لأنه يغيظ المحتاجين ، وفيه تجبر . وكان عمر رضي الله عنه لايلبس إلا الخشن ؛ واختيار الخشن أولى فى الشتاء لأنه أدفع للبرد، واللين فى الصيف فانه أنشف للعرق ؛ وإن لبس اللين فى الوقتين لابأس به ، قال تعالى ـ قل من حرّم زينة الله التى أخرج لعباده ـ . (والسنة : إرخاء طرف العمامة بين كتفيه) هكذا فعله عليه الصلاة والسلام ، ثم قيل قدر شبر ، وقيل إلى وسط الظهر ، وقيل إلى موضع الجلوس (وإذا أراد أن يجدّد لفها نقضها كما لفها) ولا يلقيها على الأرض دفعة واحدة ، هكذا نقل من فعله صلى الله عليه وسلم .

فصــــل

(الكلام : منه ما يوجب اجرا كالتسبيح والتحميد وقراءة القرآن والأحاديث النبوية وعلم الفقه) قال تعالى ـ والذاكرين الله كثيرا والذاكرات أعدّ الله لهم مغفرة وأجرا عظيما ـ

(١) قال فى مختار الصحاح : الفنك : ما يتخذ منه الفرو .

وَقَدْ يَأْثَمُ بِهِ إِذَا فَعَلَهُ فِى مَجْلِسِ الفِسْقِ وَهُوَ يَعْمَلُهُ ، وَإِنْ سَبَّحَ فِيهِ لِلاعْتِبَارِ وَالإِنْكَارِ ، وَلِيَشْتَغِلُوا عَمَّا هُمْ فِيهِ مِنَ الفِسْقِ فَحَسَنٌ . وَيُكْرَهُ فِعْلُهُ لِلتَّاجِرِ عِنْدَ فَتْحِ مَتَاعِهِ ، وَيُكْرَهُ التَّرْجِيعُ بِقِرَاءَةِ القُرْآنِ وَالاِسْتِمَاعُ إِلَيْهِ .

والآيات والأحاديث كثيرة فى ذلك (وقد يأثم به إذا فعله فى مجلس الفسق وهو يعمله) لما فيه من الاستهزاء والمخالفة لموجبه (وإن سبح فيه للاعتبار والإنكار ، وليشتغلوا عما هم فيه من الفسق فحسن) وكذا من سبح فى السوق بنية أن الناس غافلون مشتغلون بأمور الدنيا وهو مشتغل بالتسبيح ، وهو أفضل من تسبيحه وحده فى غير السوق ، قال عليه الصلاة والسلام « ذاكر الله فى الغافلين كالمجاهد فى سبيل الله » . قال (ويكره فعله للتاجر عند فتح متاعه) وكذلك الفقاعى (١) عند فتح الفقاع يقول : لاإله إلا الله صلى الله على محمد فانه يأثم بذلك لأنه يأخذ لذلك ثمنا ، بخلاف الغازى أو العالم إذا كبر عند المبارزة وفى مجلس العلم لأنه يقصد به التفخيم والتعظيم وإشعار شعائر الدين . قال (ويكره الترجيع بقراءة القرآن والاستماع إليه) لأنه تشبه بفعل الفسقة حال فسقهم وهو التغنى ولم يكن هذا فى الابتداء ، ولهذا كره فى الأذان ، وقيل لابأس به لقوله عليه الصلاة والسلام « زينوا القرآن بأصواتكم » وعن النبىّ عليه الصلاة والسلام أنه كره رفع الصوت عند قراءة القرآن والجنازة والزحف والتذكير» : أى الوعظ ، فما ظنك به عند استماع الغناء المحرم الذى يسمونه وجدا ؟ . وكره أبو حنيفة قراءة القرآن عند القبور لأنه لم يصحّ عنده فى ذلك شىء عن النبىّ عليه الصلاة والسلام ، ولا يكرهه محمد ، وبه نأخذ لما فيه من النفع للميت لورود الآثار بقراءة آية الكرسى وسورة الإخلاص والفاتحة وغير ذلك عند القبور . ومذهب أهل السنة والجماعة أن للإنسان أن يجعل ثواب عمله لغيره ويصل لحديث الخثعمية وقد مرّ فى الحجّ ، ولما روى « أنه عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته » أى جعل ثوابه عن أمته . وروى « أن رجلا قال : يا رسول الله إن أمى افتلتت نفسها فهل لها أجر إن تصدقت عنها ؟ قال : نعم ولك » « ورفعت امرأة صبيها وقالت : يا رسول الله ألهذا حجّ ؟ قال : نعم ولك أجر » والآثار فيه كثيرة ، ومنع بعضهم من ذلك وقال : لايصل متمسكا بقوله تعالى ـ وأن ليس للإنسان إلا ماسعى ـ وبقوله عليه الصلاة والسلام « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث » الحديث . الجواب عن الآية من وجوه : أحدها : أنها سيقت على قوله ـ أم لم ينبأ بما فى صحف موسى

---

(١) قوله الفقاعى ، قال فى المنجد : الفقاعى : بائع الفقاع . والفقاع : الشراب يتخذ من الشعير ، سمى به لما يعلوه من الزبد .

وَمِنْهُ مالا أجْرَ فِيهِ وَلا وِزْرَ كَقَوْلِكَ : قُمْ وَاقْعُدْ ، وأكَلْتُ وَشَرِبْتُ وَنَحْوِهِ . وَمِنْهُ مايُوجِب الإثْمَ كالكَذِبِ وَالنَّمِيمَةِ وَالغيبَةِ وَالشَّتِيمَةِ ، ثُمَّ الكَذِبُ مَحْظُورٌ إلاّ فى القِتال للْخَدْعَةِ ، وفى الصُّلْحِ بَيْنَ اثْنَيْنِ ، وفى إرْضَاء الرَّجُلِ الأهْلَ ، وفى دَفْعِ الظَّالِمِ عَنِ الظُّلْمِ . وَيُكْرَهُ التَّعْرِيضُ بالكَذِبِ إلاّ لِحَاجَةٍ ؛

وإبراهيم الذى وفى ـ فيكون إخبارا عما فى شريعتهما فلا يلزمنا ، كيف وقد روينا عن نبينا عليه الصلاة والسلام خلافه ؟ . قال علىّ رضى الله عنه : هذا لقوم إبراهيم وموسى ، وأما هذه الأمة لهم ما سعوا وسعى لهم . الثانى أنها منسوخة بقوله تعالى ـ ألحقنا بهم ذريتهم ـ أدخل الذرّية الجنة بصلاح الآباء ، قاله ابن عباس . الثالث قال الربيع بن أنس : المراد بالإنسان هنا الكافر ، أما المؤمن له أجر ماسعى وسعى له . الرابع تجعل اللام بمعنى على وأنه جائز . قال : فخرّ صريعا لليدين وللفم ، فيصير كأنه قال : وأن ليس على الإنسان إلا ما سعى فيحمل عليه توفيقا بين الآية والأحاديث ، ولأنه معنى صحيح لاخلاف فيه ولا يدخله التخصيص . الخامس أنه سعى فى جعل ثواب عمله لغيره فيكون له ما سعى عملا بالآية . السادس أن السعى أنواع : منها بفعله وقوله ، ومنها بسبب قرابته ، ومنها بصديق سعى فى خلته ، ومنها بما يسعى فيه من أعمال الخير والصلاح وأمور الدين التى يحبه الناس بسببها فيدعون له ويجعلون له ثواب عملهم وكلّ ذلك بسبب سعيه ، فقد قلنا بموجب الآية فلا يكون حجة علينا . وأما الحديث فانه يقتضى انقطاع عمله ولا كلام فيه إنما الكلام فى وصول ثواب عمل غيره إليه ، والحديث لاينفيه ، على أن الناس عن آخرهم قد استحسنوا ذلك فيكون حسنا بالحديث . قال (ومنه ما لاأجر فيه ولا وزر كقولك : قم واقعد وأكلت وشربت ونحوه) لأنه ليس بعبادة ولا معصية ، ثم قيل لايكتب لأنه لاأجر عليه ولاعقاب . وعن محمد مايدلّ عليه ، فقد روى عن هشام عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال : إن الملائكة لاتكتب إلا ما كان فيه أجر أو وزر ، وقيل يكتب لقوله تعالى ـ ونكتب ماقدّموا وآثارهم ـ الآية ، ثم يمحى ما لاجزاء فيه ويبقى ما فيه جزاء ، ثم قيل يمحى فى كلّ اثنين وخميس وفيهما تعرض الأعمال . والأكثرون على أنها تمحى يوم القيامة. قال (ومنه ما يوجب الإثم كالكذب والنميمة والغيبة والشتيمة) لأن كلّ ذلك معصية حرام بالنقل والعقل (ثم الكذب محظور إلا فى القتال للخدعة ، وفى الصلح بين اثنين ، وفى إرضاء الرجل الأهل ، وفى دفع الظالم عن الظلم) لقوله عليه الصلاة والسلام « لايصلح الكذب إلا فى ثلاث : فى الصلح بين اثنين ، وفى القتال ، وفى إرضاء الرجل أهله » ودفع الظالم عن الظلم من باب الصلح . قال (ويكره التعريض بالكذب إلا لحاجة)

وَلا غِيبَةَ لِظالِمٍ يُؤْذِى النَّاسَ بِقَوْلِهِ وَفِعْلِه ، وَلا إثْمَ فى السَّعْىِ بِهِ إلى السُّلْطانِ لِيَزْجُرَهُ . وَلا غِيبَةَ إلاَّ لِمَعْلُومِينَ ، فَلَو اغْتابَ أهْلَ قَرْيَةٍ فَلَيْسَ بِغِيبَةٍ ؛ وَإذَا أدَّى الفَرَائِضَ وَأحَبَّ أنْ يَتَنَعَّمَ بِمَنْظَرٍ حَسَنٍ وَجَوَارٍ جَمِيلَةٍ فَلا بَأسَ بِهِ ، وَمَنْ قَنِعَ بِأدْنَى الكِفايَةِ ، وَصَرَفَ البَاقِى إلى ما يَنْفَعُهُ فِى الآخِرَةِ فَهُوَ أوْلَى .

كقولك لرجل كل ، فيقول أكلت : يعنى أمس فلا بأس به لأنه صادق فى قصده . وقيل يكره لأنه كذب فى الظاهر. قال (ولا غيبة لظالم يؤذى الناس بقوله وفعله) قال عليه الصلاة والسلام « اذكروا الفاجر بما فيه لكى تحذره الناس » (ولا إثم فى السعى به إلى السلطان ليزجره) لأنه من باب النهى عن المنكر ومنع الظلم . قال (ولا غيبة إلا لمعلومين ، فلو اغتاب أهل قرية فليس بغيبة) لأن المراد مجهول فصار كالقذف ، وكره محمد إرخاء الستر على البيت لأنه نوع تكبر وفيه زينة ؛ ولا بأس بستر حيطان البيت باللبود ونحوه لدفع البرد لأن فيه منفعة ، ويكره للزينة وقد مرّ . قال(وإذا أدّى الفرائض وأحبّ أن يتنعم بمنظر حسن وجوار جميلة فلا بأس به) فإن النبىّ عليه الصلاة والسلام تسرّى مارية أمّ إبراهيم مع ماكان عنده من الحرائر ، وعلىّ رضى الله عنه استولد محمد بن الحنفية مع ماكان عنده من الحرائر ؛ والأصل فيه قوله تعالى ـ قل من حرّم زينة الله التى أخرج لعباده ـ الآية . قال (ومن قنع بأدنى الكفاية وصرف الباقى إلى ما ينفعه فى الآخرة فهو أولى) لأن ما عند الله خير وأبقى .

واعلم أن الاقتصار على أدنى ما يكفيه عزيمة وما زاد عليه من التنعم ونيل اللذّات رخصة وقد قال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى يحبّ أن تؤتى رخصه كما يحبّ أن تؤتى عزائمه » وقال عليه الصلاة والسلام « بعثت بالحنيفية السهلة السمحة ولم أبعث بالرهبانية الصعبة » وفى الحديث « لايزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن أربعة : عن عمره فيما أفناه ، وعن شبابه فيما أبلاه ، وعن ماله من أين اكتسبه وفيماذا صرفه ؟ » والذى يجب على المسلم أن يتمسك بخصال : منها التحرّز عن ارتكاب الفواحش ما ظهر منها وما بطن ؛ ومنها المحافظة على أداء الفرائض فى أوقاتها بواجباتها تامة كما أمر بها ؛ ومنها التحرّز عن السحت واكتساب المال من غير حله ومنها التحرّز عن ظلم كلّ مسلم أو معاهد ، وما عدا ذلك فقد وسع الله تعالى علينا الأمر فيه ، فلا نضيقه علينا ولا على أحد من المسلمين . وفى الحديث « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام وعظ الناس يوما وذكر القيامة ، فرقّ له الناس وبكوا ، فاجتمع عشرة فى بيت عثمان بن مظعون ، وهم أبو بكر وعلىّ وابن مسعود وابن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص وأبو ذرّ وسالم مولى أبى حذيفة والمقداد وسلمان الفارسى ومعقل بن مقرن ،

. . . .

واتفقوا على أن يترهبوا ويجبوا مذاكيرهم ويلبسوا المسوح ويصوموا الدهر ويقوموا الليل ولا يناموا على الفرش ولا يأكلوا اللحم والودك ولا يقربوا النساء والطيب ويسيحوا فى الأرض ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهم : ألم أنبأ أنكم اتفقتم على كذا وكذا ؟ قالوا : بلى وما أردنا إلا خيرا ، فقال عليه الصلاة والسلام : إنى لم آمر بذلك ، ثم قال : إن لأنفسكم عليكم حقا فصوموا وأفطروا وقوموا وناموا ، فانى أقوم وأنام وأصوم وأفطر وآكل اللحم والدسم وآتى النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى » . ثم خطب فقال « ما بال أقوام حرموا النساء والطعام والطيب والنوم وشهوات الدنيا ، أما إنى لست آمركم أن تكونوا قسيسين ورهبانا ، فانه ليس فى دينى ترك اللحم والنساء ولا اتخاذ الصوامع ، فان سياحة أمتى الصوم ، ورهبانيتهم الجهاد ، اعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا ، وحجوا واعتمروا ، وأقيموا الصلاة ، وآتوا الزكاة ، وصوموا رمضان ، واستقيموا يستقم لكم ، فانما هلك من كان قبلكم بالتشديد ، شددوا على أنفسهم فشدد الله عليهم ، ونزل قوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ـ إلى قوله ـ واتقوا الله الذى أنتم به مؤمنون ـ » .

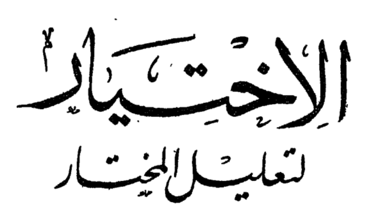
تم الجزء الرابع من « الاختيار لتعليل المختار »

ويليـــه :

الجزء الخامس ، وأوله : كتاب الصيد

فهــــرس

الجزء الرابع من الاختيار لتعليل المختار



تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصلي الحنفي

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دقيقة

من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الخامس

مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْراً يُفَقِّهْهُ فى الدِّينِ
[حديث شريف]

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيد

وَهُوَ جائِزٌ بالجَوارِحِ المُعَلَّمَةِ وَالسِّهامِ المُحَدَّدَةِ لِمَا يَحِلُّ أَكْلُهُ لِأَكْلِهِ وَما لا يَحِلُّ أَكْلُهُ لِجِلْدِهِ وَشَعْرِهِ ، وَالجَوارِحُ ذُو نابٍ مِنَ السِّباعِ وَذُو مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ ،

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيد

وهو مصدر صاد يصيد وينطلق على المفعول ، يقال : صيد الأمير ، وصيد كثير ، ويراد به المصيود ، وينشد : « صيد الملوك أرانب وثعالب » . ومثله الخلق والعلم ينطلق على المخلوق والمعلوم . قال تعالى « هذا خلق الله » أى مخلوقه ، ولهذا قلنا إذا قال : وعلم الله لايكون يمينا لأن المراد معلومه .

قال (وهو جائز بالجوارح المعلمة والسهام المحدّدة لما يحلّ أكله لأكله ، وما لايحلّ أكله لجلده وشعره) أما الجواز فلقوله تعالى ـ وإذا حللتم فاصطادوا ـ وقوله ـ أحلّ لكم صيد البحر ـ الآية . وقوله ـ أحلّ لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين ـ . وقوله عليه الصلاة والسلام « الصيد لمن أخذه » وقوله لعدىّ بن حاتم « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل ، وإذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكل » . قال (والجوارح ذو ناب من السباع وذو مخلب من الطير) وهو أن يكون يكتسب بنابه أو مخلبه ويمتنع به ، لأن المراد من قوله من الجوارح التى تجرح ، وقيل الكواسب . ومكلبين :

وَلا بُدَّ فِيهِ مِنَ الجُرْحِ ، وَكَوْنِ المُرْسِلِ أَوِ الرَّامِي مُسْلِما أَوْ كِتابِيًّا ، وَذِكْرِ اسْمِ اللهِ تَعالى عِنْدَ الإِرْسالِ وَالرَّمْيِ ، وأَنْ يَكُونَ الصَّيْدُ مُمْتَنِعا ، وَلا يَتَوارَى عَنْ بَصَرِهِ ، وَلا يَقْعُدُ عَنْ طَلَبِهِ ، وَتَعْلِيمُ ذِي النَّابِ كالكَلْبِ وَنَحْوِهِ تَرْكُ الأَكْلِ ، وَذِي المِخْلَبِ كالبازِي وَالصَّقْرِ وَنَحْوِهِما الاِتِّباعُ إِذا أُرْسِلَ ، وَالإِجابَةُ إِذا دُعِيَ .

أى مسلطين ، واسم الكلب لغة ينطلق على كلّ سبع حتى للأسد ، فيجوز الاصطياد بكلّ ذى ناب من السباع لعموم الآية ، إلا ما كان نجس العين كالخنزير ، لأنه لايحلّ الانتفاع به . ولا يجوز الاصطياد بالأسد والذئب فانهما لايتعلمان ، وكذلك الدبّ حتى لو تعلموا جاز . وعن أبى حنيفة فى ابن عرس : إذا علم فتعلم جاز . قال (ولا بدّ فيه من الجرح وكون المرسل أو الرامى مسلما أوكتابيا ، وذكر اسم الله تعالى عند الإرسال والرمى ، وأن يكون الصيد ممتنعا ، ولا يتوارى عن بصره ، ولا يقعد عن طلبه) أما الجرح ليتحقق اسم الجارح ، ولأنه لابدّ من إراقة الدم كالذكاة الاختيارية ، فلو قتله صدما أو جثما أو خنقا لم يؤكل لعدم الجرح ؛ وأما صفة المرسل فلأنه كالذبح ولا يجوز ذبح غيرهما ؛ وأما ذكر اسم الله تعالى فلقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله فكل » شرط التسمية لحلّ الأكل ؛ وأما كونه ممتنعا فلأن الصيد اسم للممتنع ، ولأن الجرح إنما جعل ذكاة ضرورة العجز عن الذكاة الاختيارية ، والعجز إنما يكون فى الممتنع حتى او رمى ظبيا مربوطا وهو يظنّ أنه صيد فأصاب ظبيا آخر لم يؤكل ، لأن بالربط لم يبق صيدا ؛ ولو رمى بعيرا نادّا فأصاب صيدا آخر أكل لأنه لما ندّ صار صيدا ؛ وقوله لايتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه ، فانه صلى الله عليه وسلم كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامى وقال « لعلّ هوامّ الأرض قتلته » ولأن احتمال الموت بسبب آخر موجود فلا يحلّ به ، والموهوم كالمتحقق لما مرّ ، إلا أنه سقط اعتباره إذا لم يقعد عن طلبه لأنه لايمكنه الاحتراز عنه . وفى الحديث « كل ما أصميت ودع ما أنميت » أصميت الصيد : إذا رميته فقتلته وأنت تراه ، وقد صمى الصيد يصمى : إذا مات وأنت تراه ، ورميت الصيد فأنميته إذا غاب عنك ثم مات ، هكذا فسره صاحب الصحاح . قال (وتعليم ذى الناب كالكلب ونحوه ترك الأكل ، وذى المخلب كالبازى والصقر ونحوهما الاتباع إذا أرسل والإجابة إذا دعى) روى ذلك عن ابن عباس ، ولأن التعليم بترك العادة الأصلية ، وعادة ذى المخلب النفار ، فاذا أجاب إذا دعى فقد ترك عادته وصار معلما ، وعادة ذى الناب الافتراس والأكل ، فاذا ترك الأكل فقد ترك عادته فصار معلما ؛ ولأن التعليم بترك الأكل إنما يكون بالضرب حالة الأكل وجثة الطير لاتحتمل الضرب ، أما الكلب يحتمله فأمكن تعليمه بالضرب

وَيُرْجَعُ فى مَعْرِفَةِ التَّعْلِيمِ إلى أهْلِ الخِبْرَةِ بِذَلِكَ ، وَلا تأقيتَ فيه ، فإنْ أكَلَ أوْ تَرَكَ الإجابَةَ بَعْدَ الحُكْمِ بِتَعْلِيمِهِ حُكِمَ بِجَهْلِهِ وَحَرُمَ (سم) ما بَقِيَ مِنْ صَيْدِهِ قَبْلَ ذلكَ ، وَإن تَرَكَ التَّسْمِيَةَ ناسيا حَلَّ ، وَلَوْ رَمَى بِسَهْمٍ وَاحِدٍ صُيُودًا ، أوْ أرْسَلَ كَلْبَهُ عَلَى صُيُودٍ فأخَذَها أوْ أحَدَها ، أوْ أرْسَلَهُ إلى صَيْدٍ فأخَذَ غَيْرَهُ حَلَّ ما دَامَ فى جِهَةِ إرْسالِهِ ،

على ذلك ، والفهد ونحوه يحتمل الضرب وعادته الافتراس والنفار ، فيشترط فيه ترك الأكل والإجابة جميعا . قال (ويرجع فى معرفة التعليم إلى أهل الخبرة بذلك ولا تأقيت فيه) لأن المقادير لاتعرف اجتهادا بل سماعا ولا سمع فيفوّض إلى أهل الخبرة به ، ولأن ذلك يختلف باختلاف طباعها . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه قال : لاتأكل أوّل ما يصيده ولا الثانى وكل الثالث . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا ترك الأكل ثلاث مرّات صار معلما ولا يؤكل الثالث ، لأن العلم لايثبت بالترك مرّة لاحتمال أنه تركه شبعا أو خوفا من الضرب فلا بدّ من المرّات وأقله ثلاثة لأنها لإبلاء الأعذار ، ولا يؤكل الثالث لأن بعدها حكمنا بكونه عالما ، وعلى رواية الحسن يؤكل لأن بالثالثة علمنا أنه عالم فكان صيد جارحة معلمة فيؤكل . قال (فان أكل أو ترك الإجابة بعد الحكم بتعليمه حكم بجهله وحرم ما بقى من صيده قبل ذلك) وقالا : لايحرم إلا الذى أكل منه لأنا حكمنا بحلّ صيده قبل ذلك بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله . وله أن بالأكل علمنا جهله ، لأن الصيد حرفة قلما تنسى ، فلما أكل علمنا أنه لم يكن عالما فيحرم جميع ما صاده قبل ذلك لأنه صيد كلب غير معلم ، وتثبت الحرمة فيما بقى من صيده ، لأن ما أكل لم يبق محلا للحكم ، والاجتهاد يترك بمثله قبل حصول المقصود وهو الأكل كاجتهاد القاضى إذا تبدّل قبل القضاء ، وما كان فى المفازة من صيد فحرام بالإجماع . قال (وإن ترك التسمية ناسيا حلّ) لقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » الحديث . قال (ولو رمى بسهم واحد صيودا ، أو أرسل كلبه على صيود فأخذها أو أحدها ، أو أرسله إلى صيد فأخذ غيره حلّ ما دام فى جهة إرساله) لأن المقصود به حصول الصيد والذبح يقع بالإرسال وهو فعل واحد فيكتفى فيه بتسمية واحدة ، بخلاف من ذبح الشاتين بتسمية واحدة ، لأن الثانية مذبوحة بفعل آخر فلا بدّ من تسمية أخرى حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى وذبحهما مرّة واحدة أجزأه تسمية واحدة ، ولأن الأخذ مضاف إلى الإرسال وفى تعيين المشار إليه نوع حرج فلا يعتبر تعيينه ، ولو أرسل الفهد فكمن حتى استمكن من الصيد فوثب عليه فقتله حلّ لأن ذلك من عادته ليتمكن من أخذ الصيد ، وكذا الكلب إذا تعوّد هذه العادة بمنزلة الفهد ، ولو عدل عن الصيد يمنة أو يسرة وتشاغل فى غير طلب

وَلَوْ أَرْسَلَهُ وَلَمْ يُسَمِّ ثُمَّ زَجَرَهُ وَسَمَّى ، أَوْ أَرْسَلَهُ مُسْلِمٌ فَزَجَرَهُ مَجُوسِيٌّ أَوْ بِالعَكْسِ ، فَالمُعْتَبَرُ حَالَةُ الإِرْسَالِ ، فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الكَلْبُ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَلَوْ شَرِبَ دَمَهُ أُكِلَ ، وَلَوْ أَخَذَ مِنْهُ قِطْعَةً فَرَمَاهَا ثُمَّ أَخَذَ الصَّيْدَ وَقَتَلَهُ ثُمَّ أَكَلَ مَا أَلْقَاهُ أُكِلَ ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ البَازِي يُؤْكَلُ ، وَإِنْ أَدْرَكَهُ حَيًّا لَا يَحِلُّ إِلَّا بِالتَّذْكِيَةِ وَكَذَلِكَ فِي الرَّمْيِ ،

الصيد وفتر عن سننه ثم أتبع صيدا فأخذه لم يؤكل لأنه غير مرسل ، والإرسال شرط بقوله تعالى - مكلبين - أى مسلطين ، فإن زجره صاحبه فانزجر حلّ ، لأن الزجر كارسال مستأنف ، ولو انفلت فصاح به وسمى ، فان انزجر بصياحه حلّ وإلا فلا . قال (ولو أرسله ولم يسمّ ثم زجره وسمى ، أو أرسله مسلم فزجره مجوسى أو بالعكس ، فالمعتبر حالة الإرسال) وكذا لو أرسله مسلم فزجره مرتدّ أومحرم فانزجر ، وكذا لو ترك التسمية عامدا ثم زجره مسلم وسمى لم يحلّ ، لأن الحكم مضاف إلى الإرسال الأوّل وبه تسلط وتكالب وما بعده تقوية للإرسال وتحريض للكلب فيعتبر حالة الإرسال ، فاذا صدر صحيحا لاينقلب فاسدا ، وإذا صدر فاسدا لاينقلب صحيحا بالزجر ، ولو أرسل كلبه المعلم فردّ عليه الصيد كلب غير معلم أو غير مرسل فأخذه الأوّل لم يؤكل ، ولو ردّه عليه آدمىّ أو دابة أو طير أو مجوسىّ حلّ ، لأن أخذ الكلب ذبح حكما ولا يصلح أحد هؤلاء مشاركا إياه فى الذبح ، والكلب الجاهل يصلح مشاركا لأنه جارح بنفسه فاجتمع المبيح والمحرم فيحرم كما لو مدّ القوس مسلم ومجوسى فأصابا صيدا فانه يحرم ولولم يردّه عليه ولكنه شدّ عليه واتبع أثر المرسل حتى قتله الأوّل أكل ، لأن الثانى محرّض لامشارك . قال (فان أكل منه الكلب لم يؤكل) لأنه غير معلم لما بينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « فإن أكل منه فلا تأكل فانما أمسك على نفسه » (ولو شرب دمه أكل) لأن ذلك غاية التعليم (ولو أخذ منه قطعة فرماها ثم أخذ الصيد وقتله ثم أكل ما ألقاه أكل) لأنه لم يبق صيدا ،حتى لوأكل من نفس الصيد فى هذه الحالة لايضرّه فهذا أولى . قال (فان أكل منه البازى يؤكل) وقد مرّ . قال (وإن أدركه حيا لايحلّ إلا بالتذكية ، وكذلك فى الرمى) لأنه قدر على الذكاة الاختيارية فلا تجزئ الاضطرارية لاندفاع الضرورة وهذا إذا قدر على ذبحه ، فان أدركه حيا ولم يتمكن من ذبحه إما لفقدآلة أو لضيق الوقت وفيه من الحياة فوق حياة المذبوح لم يؤكل . وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يؤكل إذا لم يقدر على الذكاة حقيقة فصار كالمتيمم إذا وجد الماء ولم يقدر على استعماله ؛ وجه الظاهر أنه لما قدر عليه وبه حياة لم يبق صيدا فلا يحلّ إلا بالذكاة الاختيارية وهذا إذا كان بحال يتوهم حياته ؛ أما إذا بقى فيه من الحياة مثل المذبوح أو بقر بطنه وأخرج ما فيها ثم أخذه وبه حياة فانه يحلّ لأنه ميت حكما ،

وَإِنْ شارَكَ كَلْبَهُ كَلْبٌ لَمْ يُذْكَرْ عَلَيْهِ اسْمُ اللهِ ، أَوْ كَلْبُ مَجُوسِيٍّ ، أَوْ غَيْرِ مُعَلَّمٍ لَمْ يُؤْكَلْ ؛ وَلَوْ سَمِعَ حِسًّا فَظَنَّهُ آدَمِيًّا فَرَمَاهُ ، أَوْ أَرْسَلَ عَلَيْهِ كَلْبَهُ فَإِذَا هُوَ صَيْدٌ أُكِلَ ؛ وَإِذَا وَقَعَ الصَّيْدُ فِى المَاءِ أَوْ عَلَى سَطْحٍ أَوْ جَبَلٍ أَوْ سِنَانِ رُمْحٍ ، ثُمَّ تَرَدَّى إِلَى الأَرْضِ لَمْ يُؤْكَلْ ؛ وَلَوْ وَقَعَ ابْتِدَاءً عَلَى الأَرْضِ أُكِلَ ؛ وفِى طَيْرِ المَاءِ إِنْ أَصَابَ المَاءُ الجُرْحَ لَمْ يُؤْكَلْ وَإِلاَّ أُكِلَ ، وَلا يُؤْكَلُ ما قَتَلَتْهُ البُنْدُقَةُ وَالحَجَرُ وَالعَصَا وَالمِعْرَاضُ بِعَرْضِهِ . فإِنْ خَزَقَ

ولهذا لووقع فى هذه الحالة فى الماء لايحرم كما إذا وقع وهو ميت . وعن أبى حنيفة أنه لايؤكل أيضا لأنه أخذه حيا فلا يحلّ إلا بالذكاة الاختيارية ، فلو أنه ذكاه حلّ بالإجماع . قال تعالى ـ إلا ما ذكيتم ـ من غير فصل ، وعلى هذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذى بقر الذئب بطنها وفيها حياة خفيفة أو ظاهرة وهو المختار لما تلونا . وعن محمد إذا كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح حلّ وإلا فلا ، إذ لااعتبار بهذه الحياة . وعن أبى يوسف إذا كان بحال لايعيش مثله لايحلّ ، لأن موته لايحصل بالذبح . قال (وإن شارك كلبه كلب لم يذكر عليه اسم الله ، أوكلب مجوسى ، أو غير معلم لم يؤكل) لقوله عليه الصلاة والسلام لعدىّ بن حاتم « وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل ، فانك إنما سميت على كلبك ولم تسمّ على كلب غيرك» ولأنه اجتمع المحرّم والمبيح فيغلب المحرّم المبيح احتياطا . قال (ولو سمع حسا فظنه آدميا فرماه ، أو أرسل عليه كلبه فإذا هو صيد أكل) لأنه لا اعتبار بظنه مع كونه صيدا حقيقة ، وكذلك لو ظنه حسّ صيد فتبين كذلك حلّ ، لأنه صيد وقد قصده فيحلّ . وعن أبى يوسف أنه استثنى الخنزير لشدّة حرمته ، حتى لاتثبت إباحة شىء منه ، وغيره من السباع تثبت الإباحة فى جلده ؛ ولو تبين أنه حسّ آدمى أو حيوان أهلى مما يأوى البيوت لم يؤكل المصاب لأنه ليس بصيد . قال (وإذا وقع الصيد فى الماء ، أو على سطح أو جبل أو سنان رمح ، ثم تردّى إلى الأرض لم يؤكل) لأنه متردّية ، قال عليه الصلاة والسلام لعدىّ « وإن وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل ، فانك لاتدرى الماء قتله أم سهمك ؟ » فقد اجتمع دليلا الحلّ والحرمة ؛ وكذلك لو وقع على شجرة أو قصبة أو حرف آجرة لاحتمال موته بهذه الأشياء (ولو وقع ابتداء على الأرض أكل) لأنه لايمكن الاحتراز عنه ، فلو اعتبرناه محرّما انسدّ باب الصيد ، فما لايمكن الاحتراز عنه كالعدم . قال (وفى طير الماء إن أصاب الماء الجرح لم يؤكل ، وإلا أكل) لإمكان الاحتراز عن الأوّل دون الثانى . قال (ولا يؤكل ما قتلته البندقة والحجر والعصا والمعراض بعرضه) لأن ذلك كله فى معنى الموقوذة (فان خزق (١)

(١) قوله خزق بالزاى المعجمة ، يقال : خزق السهم : إذا أصاب الرمية و نفذ فيها .

المِعْرَاضُ الجِلْدَ بِحَدِّهِ أُكِلَ ، وَإِنْ رَمَاهُ بِسَيْفٍ أَوْ سِكِّينٍ فَأَبَانَ عُضْوًا مِنْهُ أُكِلَ الصَّيْدُ ، وَلَا يُؤْكَلُ العُضْوُ ، وَإِنْ قَطَعَهُ نِصْفَيْنِ أُكِلَ ، وَإِنْ قَطَعَهُ أَثْلَاثًا أُكِلَ الكُلُّ إِنْ كَانَ الأَقَلُّ مِنْ جِهَةِ الرَّأْسِ ؛ وَمَنْ رَمَى صَيْدًا فَأَثْخَنَهُ ثُمَّ رَمَاهُ آخَرُ فَقَتَلَهُ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَيَضْمَنُ الثَّانِي لِلأَوَّلِ قِيمَتَهُ غَيْرَ نُقْصَانِ جِرَاحَتِهِ ،

المعراض الجلد بحدّه أكل) قال عليه الصلاة والسلام فيه « ما أصاب بحدّه فكل ، وما أصاب بعرضه فلا تأكل » وإن جرحته الحجر إن كان ثقيلا لم يؤكل لاحتمال أنه قتله بثقله ، وإن كان خفيفا وبه حدّ لا يحلّ لأنها قتلته بحدّها ؛ ولو رماه بها فأبان رأسه أو قطع العروق لايؤكل ، لأن العروق قد تنقطع بالثقل فوقع الشكّ ، ولعله مات قبل قطع العروق ، ولو كان للعصا حدّ فجرحت يؤكل لأنها بمنزلة المحدّد . فالحاصل أن الموت إن كان بجرح بيقين حلّ ، وإن كان بالثقل لاتحلّ ، وكذا إن وقع الشكّ احتياطا . قال (وإن رماه بسيف أو سكين فأبان عضوا منه أكل الصيد) لوجود الجرح في الصيد وهو ذكاته (ولا يؤكل العضو) قال عليه الصلاة والسلام « ما أبين من الحيّ فهو ميت » . قال (وإن قطعه نصفين أكل) لأن المبان منه ليس بحيّ ، إذ لايتوهم بقاء حياته . قال (وإن قطعه أثلاثا أكل الكل إن كان الأقلّ من جهة الرأس) لما تقدّم بخلاف ما إذا كان الأقلّ مما يلي العجز ، لأنه يتوهم حياته فلا يؤكل ؛ وإن رماه بسيف أو بسكين فان جرحه بالحدّ حلّ ، وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لايحلّ لأنه وقذ (١) لاجرح ؛ ولو رماه فجرحه وأدماه حلّ ، وإن لم يدمه لايحلّ لأن الإدماء شرط . قال عليه الصلاة والسلام « ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل » شرط الإنهار ، وقيل يحلّ لأن الدم قد ينحبس لغلظه وضيق المنفذ ، وعلى هذا إذا علقت الشاة بالعناب فذبحت ولم يسل منها الدم . وقال بعضهم : إن كانت الجراحة كبيرة حلّ بدون الإدماء ، وإن كانت صغيرة لابدّ من الإدماء . قال (ومن رمى صيدا فأثخنه ثم رماه آخر فقتله لم يؤكل) لأن بالإثخان صارت ذكاته اختيارية فصار بالجرح الثاني ميتة ، وهذا إذا كان بحال ينجو من الرمية الأولى ليكون موته مضافا إلى الثانية ، وإن كان بحال لايسلم من الأولى بأن قطع رأسه أو بقر بطنه ونحوه يحل لأن وجود الثانية كعدمها . قال (ويضمن الثاني للأول قيمته غير نقصان جراحته) لأنه أتلف عليه صيدا مملوكا له ، لأنه ملكه حيث أثخنه فخرج عن حيز الامتناع فلا يطيق

---

(١) قوله وقذ ، قال في مختار الصحاح : وقذه : ضربه حتى استرخى وأشرف على الموت ، وبابه وعد ؛ وشاة موقوذة : قتلت بالخشب .

وَإِنْ لَمْ يُثْخِنْهُ الأَوَّلُ أُكِلَ وَهُوَ لِلثَّانِي .

كتاب الذبائح

والذَّكَاةُ اخْتِيَارِيَّةٌ ، وَهِيَ الذَّبْحُ فِي الحَلْقِ وَاللَّبَّةِ . وَاضْطِرَارِيَّةٌ ، وَهِيَ الجُرْحُ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ اتَّفَقَ ؛ وَشَرْطُهُمَا التَّسْمِيَةُ ، وَكَوْنُ الذَّابِحِ مُسْلِمًا أَوْ كِتَابِيًّا ،

براحا وهو معيب بالجراحة ، والقيمة تجب عند الإتلاف . قال (وإن لم يثخنه الأوّل أكل) لأنه صيد على حاله (وهو للثانى) لأنه هو الذى أخذه ، قال عليه الصلاة والسلام « الصيد لمن أخذه » .

كتاب الذبائح

وهو جمع ذبيحة ، والذبيحة : المذبوحة ، وكذلك الذبح ، قال الله تعالى ـ وفديناه بذبح عظيم ـ والذبح مصدر ذبح يذبح ، وهوالذكاة أيضا ، قال تعالى ـ إلا ما ذكيتم ـ أى ذبحتم. (والذكاة) نوعان (اختيارية ، وهى الذبح فى الحلق واللبة) قال عليه الصلاة والسلام « الذكاة ما بين اللبة واللحيين » أى موضع الذكاة ، وهى قطع عروق معلومة على ما يأتيك إن شاء الله تعالى . قال (واضطرارية : وهى الجرح فى أىّ موضع اتفق) وهى مشروعة حالة العجز عن الاختيارية ، وذلك مثل الصيد والبعير النادّ ، فلو رماه فقتله حلّ أكله لأن الجرح فى غير المذبح أقيم مقام الذبح عند تعذّر الذبح للحاجة ، والبقر والبعير لو ندّا فى الصحراء أو المصر بمنزلة الصيد ، وكذلك الشاة فى الصحراء ، ولو ندّت فى المصر لاتحلّ بالعقر لأنه يمكن أخذها ، أما البقر والبعير فربما عضه البعير ونطحه البقر فتحقق العجز فيها ؛ والمتردّى فى بئر لايقدر على ذكاته فى العروق كالصيد إذ لايتوهم موته بالماء . قال (وشرطهما التسمية ، وكون الذابح مسلما أو كتابيا) أما التسمية فلقوله تعالى ـ فاذكروا اسم الله عليها صوافّ ـ والمراد حالة النحر بدليل قوله ـ فاذا وجبت جنوبها ـ أى سقطت بعد النحر ، وما مرّ من حديث عدىّ فى الصيد وقوله فيه « فإنما سميت على كلبك » فلو تركها عامدا لاتحلّ ، لقوله تعالى ـ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق ـ ولم ينقل فى ذلك خلاف عن الصدر الأوّل ، وإنما اختلفوا فى متروك التسمية ناسيا ، فالقول بإباحة متروك التسمية عامدا مخالف للإجماع ، ولهذا قال أصحابنا : إذا قضى القاضى بجواز بيعه لاينفذ لأنه قول مخالف للكتاب والإجماع ، والكتابى فيه كالمسلم ، ولأن ما ذكرنا من النصوص منها أمر بالتسمية ، ومنها جعلها شرطا لحلّ الأكل ، وذلك يدلّ على حرمة

فإنْ تَرَكَ التَّسْمِيَةَ ناسيا حَلَّ ؛ وإنْ أضْجَعَ شاةً وَسَمَّى فَذَبَحَ غَيْرَها بِتِلْكَ التَّسْمِيَةِ لَمْ تُؤْكَلْ ، وإنْ ذَبَحَ بِشَفْرَةٍ أُخْرَى أُكِلَ ؛ وَيُكْرَهُ أنْ يَذْكُرَ مَعَ اسْمِ اللهِ تَعالى اسْمَ غَيْرِهِ ، وأنْ يَقُولَ : اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ مِنْ فُلانٍ .

المتروك عامدا ؛ وأما كون الذابح مسلما لقوله تعالى - إلا ما ذكيتم - خطاب للمسلمين ؛ وأما الذمى فلقوله تعالى فى طعام الذين أوتوا الكتاب - حلّ لكم وطعامكم حلّ لهم - . وقال عليه الصلاة والسلام فى المجوس « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » فدلّ على حلّ ذبائح أهل الكتاب ، فان سمى النصرانى المسيح وسمعه المسلم لايأكل منه ، ولو قال بسم الله وهو يعنى المسيح يأكل منه بناء على الظاهر ، ويشترط أن يكون يعقل التسمية ويضبطها ويقدر على الذبح ، فتحلّ ذبيحة المرأة المسلمة والكتابية والصبىّ إذا قدر على الذبح ، والمرتدّ لاملة له فلا تجوز ذبيحته ، ويجوز صيد المجوسى والمرتدّ السمك والجراد لأنه لاذكاة له فحله غير منوط بالتسمية . قال (فان ترك التسمية ناسيا حلّ) لأن فى تحريمه حرجا عظيما ، لأن الإنسان قلما يخلو عن النسيان فكان فى اعتباره حرج . وسئل عليه الصلاة والسلام عمن نسى التسمية على الذبيحة ، فقال « اسم الله على لسان كلّ مسلم » ولأن الناسى غير مخاطب بما نسيه بالحديث فلم يترك فرضا عليه عند الذبح بخلاف العامد . قال (وإن أضجع بشاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لم تؤكل ، وإن ذبح بشفرة أخرى أكل) ولو أخذ سهما وسمى ثم وضعه فأخذه غيره ولم يسمّ لايحلّ ، ولو سمى على سهم فأصاب صيدا آخر حلّ ؛ والفرق أن التسمية فى الذبح مشروطة على الذبيحة ، قال تعالى - فاذكروا اسم الله عليها صوافّ - فاذا تبدّلت الذبيحة ارتفع حكم التسمية عليها ؛ وفى الرمى والإرسال التسمية مشروطة على الآلة ، قال عليه الصلاة والسلام « إذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكل » وقال « فإنما سميت على كلبك » فما لم تتبدّل الآلة فالتسمية باقية ، وإذا تبدّلت ارتفع حكمها فاحتاج إلى تسمية أخرى . قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى اسم غيره ، وأن يقول : اللهمّ تقبل من فلان) لأن الشرط هو الذكر الخالص ، لقول ابن مسعود : جرّدوا التسمية ، فاذا ذكر اسم غير الله تعالى مع اسم الله تعالى؛فاما إن ذكره موصولا به أو مفصولا ، فان فصل فلا بأس بأن ذكره قبل التسمية أو قبل الإضجاع أو بعد الذبيحة لأنه لامدخل له فى الذبيحة . وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال بعد الذبح « اللهمّ تقبل هذه من أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ » وإن ذكره موصولا ، فأما إن كان معطوفا أو لم يكن ، فان كان معطوفا حرمت ، لأنه أهلّ به لغير الله بأن يقول : باسم الله واسم فلان ، أو باسم الله وفلان ، أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال ، ولو رفعها لايحرم لأنه كلام

وَالسُّنَّةُ نَحْرُ الإِبِلِ وَذَبْحُ البَقَرِ وَالغَنَمِ ، فَإِنْ عَكَسَ فَذَبَحَ الإِبِلَ وَنَحَرَ البَقَرَ وَالغَنَمَ كُرِهَ وَيُؤْكَلُ . وَالعُرُوقُ الَّتِي تُقْطَعُ فِى الذَّكَاةِ : الحُلْقُومُ وَالمَرِىءُ وَالوَدَجَانِ ، فَإِنْ قَطَعَهَا حَلَّ الأَكْلُ ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَطَعَ ثَلَاثَةً (س) مِنْهَا ؛

مستأنف غير متعلق بالذبيحة ، وإن كان موصولا غير معطوف بأن قال : باسم الله محمد رسول الله لايحرم لأنه لما لم يعطف لم توجد الشركة فيقع الذبح خالصا لله تعالى إلا أنه يكره لأنه لصورة المحرم من حيث القران فى الذكر ؛ ولو قال عند الذبح : اللهمّ اغفر لى لايحلّ لأنه دعاء ، ولو قال : الحمد لله أو سبحان الله ينوى التسمية حلّ ، والمنقول المتوارث من الذكر عند الذبح : بسم الله الله أكبر ، وكذا فسر ابن عباس رضى الله عنهما قوله ـ فاذكروا اسم الله عليها صوافّ ـ . قال (والسنة نحر الإبل وذبح البقر والغنم ، فان عكس فذبح الإبل ونحر البقر والغنم كره ويؤكل) قال تعالى ـ فصلّ لربك وانحر ـ قالوا : المراد نحر الجزور . وقال ـ إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة ـ وقال ـ وفديناه بذبح عظيم ـ والذبح : ما يذبح وكان كبشا ، وهو المتوارث من فعل النبىّ صلى الله عليه وسلم والصحابة إلى يومنا هذا ؛ وإنما كره إذا عكس لمخالفته السنة ، ويؤكل لوجود شرط الحلّ وهو قطع العروق وإنهار الدم . قال (والعروق التى تقطع فى الذكاة : الحلقوم والمرىء والودجان) وقال الكرخى : الذكاة فى الأوداج ، والأوداج أربعة : الحلقوم ، والمرىء ، والعرقان اللذان بينهما ، وأصله قوله عليه الصلاة والسلام « أفر الأوداج بما شئت » وهو اسم جمع فيتناول ثلاثة ، وهو المرىء والودجان ، ولا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فثبت قطع الحلقوم اقتضاء (فإن قطعها حلّ الأكل) لوجود الذكاة (وكذلك إذا قطع ثلاثة منها) أىّ ثلاثة كانت . وقال أبو يوسف : لابدّ من قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين . وعن محمد أنه يعتبر الأكثر من كلّ عرق . وذكر القدورى قول محمد مع أبى يوسف ، وحمل الكرخى قول أبى حنيفة ، وإن قطع أكثرها حلّ على ما قاله محمد ، والصحيح ما ذكرنا . لمحمد أن الأمر ورد بفرى العروق ، وكل واحد منفصل عن الباقين أصل بنفسه فلا يقوم غيره مقامه ، إلا أنه إذا قطع أكثره فكأنه قطعه إقامة للأكثر مقام الكلّ ، ولأن المقصود يحصل بقطع الأكثر ؛ ألا يرى أنه يخرج به ما يخرج بقطع جميعه ، ولأن الذبح قد يبقى اليسير من العروق فلا اعتبار به . ولأبى يوسف رحمه الله أن كل واحد منهما يقصد بقطعه غير ما يقصد بقطع الآخر ، فان الحلقوم مجرى النفس ، والمرىء مجرى الطعام ، والودجين مجرى الدم ، فاذا قطع أحد الودجين حصل المقصود بقطعهما ، وإذا ترك الحلقوم أو المرىء لايحصل المقصود من قطعه بقطع ما سواه . ولأبى حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكلّ فى الأصول ، فبقطع أىّ ثلاث كان حصل قطع الأكثر ؛

وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِكُلِّ ما أفرَى الأوْدَاجَ وأنْهَرَ الدَّمَ ، إلاّ السِّنَّ القائِمَةَ وَالظُّفُرَ القائِمَ . وَيُسْتَحَبُّ أنْ يُحِدَّ شَفْرَتَهُ ، وَيُكْرَهُ أنْ يَبْلُغَ بالسِّكِّينِ النُّخاعَ ، أوْ يَقْطَعَ الرأسَ وَتُؤْكَلُ ؛ وَيُكْرَهُ سَلْخُها قَبْلَ أنْ تَبْرُدَ ، وَما اسْتأْنَسَ مِنَ الصَّيْدِ فَذَكاتُهُ اخْتِيارِيَّةٌ ، وَما تَوَحَّشَ مِنَ النَّعَمِ فاضْطِرارِيَّةٌ ؛

ولأن المقصود يحصل بذلك ، وهو إنهار الدم والتسبيب إلى إزهاق الروح ، لأنه لايحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام ، والدم يجرى بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرّزا عن زيادة التعذيب . قال (ويجوز الذبح بكلّ ما أفرى الأوداج وأنهر الدم ، إلا السنّ القائمة والظفر القائم) لقوله عليه الصلاة والسلام « أفر الأوداج بما شئت وكل » وقوله « أنهر الدم بما شئت » وقال عليه الصلاة والسلام « كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ، ما خلا السنّ والظفر فإنهما مدى الحبشة » والحبشة كانوا يذبحون بهما قائمين ، ولأن القتل بهما قائمين يحصل بقوّة الآدميّ وثقله فأشبه المنخنقة ، ولوذبح بهما منزوعين لابأس بأكله ويكره . أما الكراهة فلظاهر الحديث وأنه استعمال لجزء الآدمى وأنه جرام ، ولا بأس به لما ذكرنا من المعنى ولحصول المقصود ، وهو إنهار الدم وقطع الأوداج . ونصّ محمد على أن المذبوح بهما قائمين ميتة لأنه وجد فيه نصا ، وما لايجد فيه نصا يتحرّى فيقول فى الحلّ لابأس به ، وفى الحرمة لايؤكل أو يكره . قال (ويستحبّ أن يحدّ شفرته) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحدّ أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » ورأى عليه الصلاة والسلام رجلا أضجع شاة وهو يحدّ شفرته ، فقال : هلا حددتها قبل أن تضجعها ؟ » . قال (ويكره أن يبلغ بالسكين النخاع أو يقطع الرأس وتؤكل) والنخاع عرق أبيض فى عظم الرقبة ، لأنه عليه الصلاة والسلام « نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت » وفسروه بما ذكرنا ، وفى قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة ويؤكل لوجود المقصود ، لأن هذه الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم فلا يوجب التحريم . قال (ويكره سلخها قبل أن تبرد) أى يسكن اضطرابها ، وكذا يكره كسر عنقها قبل أن تبرد لما فيه من تألم الحيوان وبعد ذلك لاألم فلا يكره . وفى الحديث « ألا لاتنخعوا الذبيحة حتى تجب » أى لاتقطعوا رقبتها وتفصلوها حتى تسكن حركتها ، وإن ذبح الشاة من قفاها إن ماتت قبل قطع العرق فهى ميتة لوجود الموت بدون الذكاة ، وإن قطعت وهى حية حلت لأنها ماتت بالذكاة ، كما إذا جرحها ثم ذبحها ، إلا أنه يكره فعله لما فيه من زيادة الألم من غير فائدة . قال (وما استأنس من الصيد فذكاته اختيارية) للقدرة عليها (وما توحش من النعم فاضطرارية) للعجز عن الاختيارية .

وَإِذَا كَانَ فِي بَطْنِ الْمَذْبُوحِ جَنِينٌ مَيِّتٌ لَمْ يُؤْكَلْ (سم) ، وَإِذَا ذُبِحَ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ طَهُرَ جِلْدُهُ وَلَحْمُهُ إِلَّا الْخِنْزِيرَ وَالْآدَمِيَّ .

فصـــل

وَلَا يَحِلُّ أَكْلُ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ وَلَا ذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ ،

قال (وإذا كان في بطن المذبوح جنين ميت لم يؤكل) وقالا : إذا تمّ خلقه أكل وإلا فلا ، لقوله عليه الصلاة والسلام « ذكاة الجنين ذكاة أمه » ولأنه جزء الأمّ متصل بها يتغذّى بغذائها وبتنفس بتنفسها ويدخل في بيعها ويعتق باعتاقها ، فيتذكى بذكاتها كسائر أجزائها . ولأبي حنيفة أنه حيوان بانفراده حتى يتصوّر حياته بعد موتها فيفرد بالذكاة ، ولهذا يعتق باعتاق مفرد ، وتجب فيه الغرّة وتصحّ الوصية به وله دونها ، ولأنه حيوان دموى لم يخرج دمه فصار كالمنخنقة ، لأن بذكاة الأم لايخرج دمه بخلاف الصيد ، لأن الجرح موجب لخروج الدم ، ولأنه احتمل موته بذبح الأمّ واحتمل قبله فلا يحلّ بالشكّ ، والحديث روى بالنصب بنزع الخافض فدلّ على تساويهما في الذكاة لقوله تعالى - ينظرون إليك نظر المغشيّ عليه من الموت - وعلى رواية الرفع احتمل التشبيه أيضا كقوله تعالى - وجنة عرضها السموات والأرض - فيحمل عليه توفيقا ، ولهذا كره أبو حنيفة ذبح الشاة الحامل التي قربت ولادتها لما فيه من إضاعة الولد ، وعندهما لايكره لأنه يؤكل عندهما . قال (وإذا ذبح ما لايؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الخنزير والآدمي) فان الذكاة لاتعمل فيهما ، لأن الذكاة تزيل الرطوبات وتخرج الدماء السائلة ، وهى المنجسة لاذات اللحم والجلد فيطهر كما في الدباغ . أما الآدمي فلكرامته وحرمته ، والخنزير لنجاسته وإهانته فلا تعمل الذكاة فيهما كما لايعمل الدباغ في جلدهما وقد مرّ في الطهارة ؛ ولو ذبح شاة مريضة فلم يتحرّك منها شيء إلا فمها . قال محمد بن سلمة : إن فتحت فاها وعينها ومدّت رجلها ونام شعرها لم تؤكل ، وإن كان على العكس أكلت .

فصـــل

(ولا يحلّ أكل كل ذى ناب من السباع ولا ذى مخلب من الطير) لأنه عليه الصلاة والسلام « نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع » وقوله عقيب النوعين من السباع ينصرف إليهما فيثبت الحكم فيما له مخلب وناب من سباع الطير والبهائم دون غيرهما ، والسبع كلّ جارح قتال منتهب متعدّ عادة كالأسد والنمر والفهد والذئب والثعلب والدبّ والفيل والقرد واليربوع وابن عرس والسنور البرى والأهلى ؛ وذو المخلب من الطير : الصقر

وَلا تَحِلُّ الحُمُرُ الأَهْلِيَّةُ وَلا البِغالُ وَلا الخَيْلُ (سم) ،

والبازى والنسر والعقاب والشاهين والحدأة . قال أبو حنيفة: الدلق (١) والسنجاب (٢) والفنك (٣) والسمور (٤) وما شابهه سبع ؛ ولا يؤكل ابن عرس لأنها ذات أنياب فدخلت تحت النص ، وفى الحديث نهى عن أكل الخطفة والنهبة والمجثمة ، فالخطفة : التى تختطف فى الهواء كالبازى ونحوه ، والنهبة : الذى ينتهب على الأرض كالذئب والكلب ونحوه ، والمجثمة : فقد روى بالفتح والكسر فبالفتح كل صيد جثم عليه الكلب حتى مات غما ، وبالكسر كل حيوان من عادته أن يجثم على الصيد كالذئب والكلب ؛ ومعنى تحريم هذه الأشياء كرامة لبنى آدم لئلا يتعدى إليهم شىء من هذه الخصال الذميمة بالأكل ؛ وكل ما ليس له دم سائل حرام إلا الجراد ، مثل الذباب والزنابير والعقارب ، وكذا سائر هوام الأرض وما يدب عليها وما يسكن تحتها ، وهى الحشرات كالفأرة والوزغة واليربوع والقنفذ والحية ونحوها ، لأن جميع ذلك من الخبائث فيحرم لقوله تعالى ـ ويحرم عليهم الخبائث ـ . قال (ولا تحل الحمر الأهلية ولا البغال ولا الخيل) لقوله تعالى ـ والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ـ خرجت فى معرض الامتنان ، فلو جاز أكلها لذكره ، لأن نعمة الأكل أعظم من نعمة الركوب . وعن على وابن عمر رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وعن متعة النساء » . وقال أبو يوسف ومحمد : لحم الخيل حلال لما روى عن أنس قال : أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى الخيل » . ولأبى حنيفة ما تلونا من الآية . وما روى خالد بن الوليد « أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمر الأهلية » وروى المقدام بن عدى أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « حرام عليكم الحمر الأهلية وخيلها وبغالها وكل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير » ولأن البغل وهو نتاجه لا يؤكل فلا يؤكل الفرس ، لأن أكل النتاج معتبر بأمه ؛ ألا ترى أن الحمار الوحشى لو نزا على الأتان الأهلية لا يؤكل ؟ فكذا هذا .

---

(١) الدلق محركة : دويبة كالسمور ، وهو فارسى معرب ، كذا فى القاموس .

(٢) السنجاب ، قال فى المنجد : والسنجاب حيوان كاليربوع تتخذ منه الفراء ، ويضرب به المثل فى خفة الصعود .

(٣) قال فى القاموس : الفنك بالتحريك : دابة فروتها أطيب أنواع الفراء وأشرفها وأعدلها .

(٤) قال فى المنجد : السمور : حيوان برى يشبه السنور يتخذ من جلده فراء ثمينة .

وَيُكْرَهُ الرَّخَمُ وَالبُغَاثُ وَالغُرَابُ وَالضَّبُّ وَالسُّلَحْفَاةُ وَالحَشَرَاتُ ، وَيَجُوزُ غُرَابُ الزَّرْعِ وَالعَقْعَقُ وَالأَرْنَبُ وَالجَرَادُ ، وَلَا يُؤْكَلُ مِنْ حَيَوَانِ المَاءِ إلاَّ السَّمَكُ ، وَلَا يُؤْكَلُ الطَّافِي مِنَ السَّمَكِ .

قال (ويكره الرخم (١) والبغاث والغراب) لأنها تأكل الجيف فكانت من الخبائث ، إذ المراد الغراب الأسود وكذلك الغداف (٢) . قال (والضبّ) لما روت عائشة رضى الله عنها « أنه أهدى إلى النبيّ عليه الصلاة والسلام ضبّ فامتنع من أكله ، فجاءت سائلة فأرادت عائشة أن تطعمها ، فقال لها : أتطعمين ما لا تأكلين ؟ » ولولا حرمته لما منعها عن التصدّق كما فى شاة الأنصار . قال (والسلحفاة) لأنها من الفواسق (والحشرات) بدليل جواز قتلها للمحرم . قال (ويجوز غراب الزرع والعقعق والأرنب والجراد) قال أبو يوسف غراب الزرع له هيئة مخالفة للغراب فى صغر جثته ، وأنه يدّخر فى المنازل ويؤلف كالحمام ويطير ويرجع ، والعقعق يخلط فى أكله فأشبه الدجاج والأرنب ، لما روى عمار بن ياسر قال « أهدى لرسول الله عليه الصلاة والسلام أرنبة مشوية فقال لأصحابه كلوا » . قال أبو يوسف : أما الوبر (٣) فلا أحفظ فيه شيئا عن أبى حنيفة وهو عندى كالأرنب وهو يعتلف البقول والنبت ، وهذا لأن الأشياء على الإباحة إلا ما قام عليه دليل الحظر ، وأما الجراد فلقوله عليه الصلاة والسلام « أحلت لنا ميتتان ودمان ؛ أما الميتتان : فالسمك والجراد ؛ وأما الدمان : فالكبد والطحال » وسواء مات حتف أنفه أو أصابته آفة كالمطر ونحوه لإطلاق النصّ . قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) لأنه ميتة فيحرم بالنصّ ، وإنما حلّ السمك بما روينا من الحديث وأنه يشمل جميع أنواعه الجريث والمارماهى وغيرهما . وعن النبيّ عليه الصلاة والسلام « أنه سئل عن الضفدع يجعل شحمه فى الدواء فنهى عن قتل الضفدع وقال : خبيثة من الخبائث » . قال (ولا يؤكل الطافى من السمك) وهو ما مات حتف أنفه ، لما روى جابر رضى الله عنه « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل الطافى » . وعن علىّ رضى الله عنه : لا تبيعوا فى أسواقنا الطافى . وعن ابن عباس أنه قال : ما دسره البحر فكله ، وما وجدته مطفوّا على الماء فلا تأكله . وما مات من الحرّ أو البرد أو كدر الماء روى أنه يؤكل لأنه مات بسبب حادث كما لو ألقاه الماء على اليبس . وروى أنه لا يؤكل ، لأن الحرّ والبرد من صفات الزمان وليسا من حوادث الموت عادة ؛ ولو ابتلعت سمكة سمكة تؤكل لأنه سبب حادث للموت . قال أبو يوسف عن أبى حنيفة :

---

(١) قوله الرخم ، قال فى مختار الصحاح : الرخمة : طائر أبقع يشبه النسر فى الخلقة ؛ وجمعه رخم اهـ . (٢) نوع من الغربان يسمى غراب القيظ .

(٣) قال فى المنجد : الوبر : دويبة كالسنور لكنها أصغر منه ولها ذنب صغير جداً .

كتاب الأضحية

وَهِيَ وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ حُرٍّ مُقِيمٍ مُوسِرٍ ،

تحبس الجلالة ثلاثة أيام . وعن محمد لم يوقت أبوحنيفة فيه وقتا وقال : تحبس حتى تطيب والجلالة : التي تأكل العذرة ، فان خلطت فليست بجلالة ، ولذلك قالوا : الدجاجة لاتكون جلالة لأنها تخلط . وقال محمد : إذا أنتن وتغير ووجد منه رائحة منتنة فهي جلالة لايشرب لبنها ولا يؤكل لحمها ويجوز بيعها وهبتها ، وإذا حبست زالت الكراهة لأن ما في جوفها يزول وهو الموجب للتغير والنتن ، ولم يوقت أبو حنيفة لأنه إذا توقف على زوال النتن وجب اعتبار هذا المعنى ، وفي رواية أبي يوسف قدّره بثلاثة أيام اعتبارا للغالب من حالها . وقدروى « أن النبيّ عليه الصلاة والسلام كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يأكله » وهذا على طريق التنزّه فيجوز أن يكون رواية التقدير بالثلاثة بناء على هذا الحديث .

كتاب الأضحية

وهو بضمّ الهمزة وكسرها : اسم لما يذبح أيام النحر بنية القربة لله تعالى ، وكذلك الضحية بفتح الضاد وكسرها ، ويقال أيضا أضحاة . قال عليه الصلاة والسلام « على أهل كل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة » فالأضحاة ما يذبح أيام النحر ، والعتيرة شاة كانت تذبح للصنم في رجب نسخت وبقيت الأضحية ، وهي من أضحى يضحى إذا دخل في الضحى لأنها تذبح وقت الضحى فسمى الواجب باسم وقته كصدقة الفطر والصلوات الخمس .

قال (وهي واجبة على كلّ مسلم حرّ مقيم موسر) أما الوجوب فمذهب أصحابنا . وروى عن أبي يوسف أنها سنة ، وذكر الطحاوى أنها واجبة عند أبي حنيفة سنة عندهما واختاره رضيّ الدين النيسابورى ، والدليل على كونها سنة قوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث كتبت عليّ ولم تكتب عليكم : الوتر والضحى والأضحى » وفي رواية « وهي لكم سنة » وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما كانا لايضحيان مخافة أن يراها الناس واجبة ، ولأنها لو وجبت لوجبت على المسافر كصدقة الفطر والزكاة ، إذ الواجبات المالية لاتأثير للسفر فيها ؛ ودليل الوجوب قوله تعالى ـ فصلّ لربك وانحر ـ أمر بنحر مقرون بالصلاة ولا ذلك إلا الأضحية ، فلئن قال : المراد أخذ اليد باليد على النحر في الصلاة . قلنا هذا أمر وأنه يقتضي الوجوب ، ولا وجوب فيما ذكرتم بالإجماع فتعين ما ذكرنا ، وقوله عليه الصلاة والسلام « ضحوا فانها سنة أبيكم إبراهيم » أمر وأنه للوجوب . وقوله عليه الصلاة والسلام « من وجد سعة ولم يضحّ فلا يقربنّ مصلانا » علق الوعيد بترك

وَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ شاةٌ . وَإِنِ اشْتَرَكَ سَبْعَةٌ فِى بَقَرَةٍ أَوْ بَدَنَةٍ جازَ إِنْ كانُوا مِنْ أَهْلِ القُرْبَةِ وَيُرِيدُونَها .

الأضحية وأنه يدلّ على الوجوب ، ولأن إضافة اليوم إليه تدلّ على الوجوب لأنه لاتصحّ الإضافة إليه إلا إذا وجدت فيه لامحالة ، ولا وجود إلا بالوجوب فيجب تصحيحا للإضافة وكما فى يوم الفطر وصدقته. وأما قوله عليه الصلاة والسلام « ولم تكتب عليكم » قلنا نفى الكتابة نفى الفريضة ، لأن المراد من الكتابة الفرض ، قال الله تعالى - إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا - أى فرضا موقتا ، ولذلك تسمى الصلوات المفروضات مكتوبة ، فكأنّ النصّ ينفى الفرضية ونحن نقول به إنما الكلام فى نفى الوجوب ، وقوله « وهى لكم سنة » أى ثبت وجوبها بالسنة لما ذكرنا من التعارض فى تأويل الآية ، وما وجب بالسنة يطلق عليه اسم السنن وهو كثير النظير ، وأبو بكر وعمر كانا فقيرين فخافا أن يظنها الناس واجبة على الفقراء على أنها مسألة مختلفة بين الصحابة ، ولا احتجاج بقول البعض على البعض والترجيح لنا ، لأن ما ذكرناه موجب وما ذكروه ناف والموجب راجح وتمامه عرف فى الأصول ، وإنما لم تجب على المسافر لأنها اختصت بأسباب تشقّ على المسافر تحصيلها وتفوت بمضىّ الوقت فلم تجب كالجمعة ، بخلاف الفطر والزكاة حيث لاتفوت بالوقت ، ويجوز فيهما التأخير ودفع القيم وغير ذلك . وعن علىّ رضى الله عنه : ليس على المسافر جمعة ولا أضحية ، واختصاصها بالمسلم لأنها عبادة وقربة ، وبالحرّ لأن العبد لايملك شيئا وبالمقيم لما مرّ ، ويستوى فيه المقيم بالأمصار والقرى والبوادى لأنه مقيم ، وبالغنى لقوله عليه الصلاة والسلام « لاصدقة إلا عن ظهر غنى » . والمراد الغنى المشروط لوجوب صدقة الفطر . وأما أولاده الصغار فروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يجب عليه أن يضحى عن أولاده الصغار كصدقة الفطر ، وعنه لاتجب لأنها قربة محضة ، والقربة لاتتحمل بسبب الغير ، بخلاف صدقة الفطر فانها مئونة وسببها رأس يمونه ويلى عليه ، وصاروا كالعبيد يؤدّى عنهم صدقة الفطر ولا يضحى عنهم ، ولو كان للصبىّ مال ضحى عنه أبوه أو وصيه خلافا لمحمد وزفر ، وهو نظير الاختلاف فى صدقة الفطر . وقيل الأصحّ أنها لاتجب فى مال الصبىّ بالإجماع لأنها قربة فلا يخاطب بها ، بخلاف صدقة الفطر على ما بينا ، ولأن الواجب الإراقة والتصدّق بها ليس بواجب ، ولا يجوز ذلك فى مال الصبىّ لأنه لايقدر على أكل جميعها عادة ولا يجوز بيعها فلا تجب . وذكر القدورى فى شرحه الصحيح أنها تجب ولا يتصدّق بها لأنه تطوّع ، ولكن يأكل منها الصغير وعياله ويدّخر له ما يمكنه ويبتاع له بالباقى ، وما ينتفع بعينه كما يجوز للبالغ ذلك فى الجلد ، والجدّ مع الحفدة كالأب عند عدمه (ويجب على كل واحد شاة) لأنه أدنى الدم كما قلنا فى الهدايا . قال (وإن اشترك سبعة فى بقرة أو بدنة جاز إن كانوا من أهل القربة) يعنى مسلمين (ويريدونها)

وَلَوِ اشْتَرَى بَقَرَةً لِلأُضْحِيَةِ ثُمَّ أَشْرَكَ فِيهَا سِتَّةً أَجْزَأَهُ ، وَيَقْتَسِمُونَ لَحْمَهَا بِالوَزْنِ ، وتَخْتَصُّ بالإبِلِ وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ ، ويُجْزِئُ فِيهَا ما يُجْزِئُ فى الهَدْيِ ،

يعنى يريدون القربة ، حتى لوكان أحدهم كافرا أو أراد اللحم لاالقربة لايجزى واحدا منهم لأن الدم لايتجزى ليكون بعضه قربة وبعضه لا ، فإذا خرج البعض عن أن يكون قربة خرج الباقى ، والأصل فى جواز الشركة ما روى جابر قال : « نحرنا مع رسول الله عليه الصلاة والسلام البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة » وتجزئ عن أقل من سبعة بطريق الأولى ، ولا تجزئ عن أكثر ، لأن القياس أن لاتجزئ إلا عن واحد لأنه إراقة واحدة ، إلا أنا تركنا القياس بما روينا وأنه مقيد بالسبعة فلا يزاد عليه . وتجوز البدنة بين اثنين نصفين ، لأنه لما جاز ثلاثة أسباع فلأن يجوز ثلاثة ونصف أولى (١) ، ولو كان لأحدهم أقل من السبع لايجزئه (ولو اشترى بقرة للأضحية ثم أشرك فيها ستة أجزأه) استحسانا ، والقياس أن لايجوز ، لأنه أعدها للقربة فلا يجوز بيعها وفى الشركة بيعها . وجه الاستحسان أن الحاجة ماسة إلى ذلك لأنه قد لايجد إلا بقرة ولا يجد شركاء فيشتريها ثم يطلب الشركاء بعد ذلك فجوزناه للحاجة ، والأحسن أن يطلب الشركاء قبل الشراء لئلا يكون راجعا عن القربة . وعن أبى حنيفة أنه يكره ذلك بعد الشراء ، وقيل لو أراد الاشتراك وقت الشراء لايكره . وقيل إن كان فقيرا لايجوز لأنه أوجبها بالشراء ، فان أشرك جاز ويضمن حصة الشركاء ، وقيل الغنى إذا شارك يتصدق بالثمن ، لأن ما زاد على السبع غير واجب عليه وبالشراء قد أوجبه على نفسه فيتصدق بثمنه . قال (ويقتسمون لحمها بالوزن) لأنه موزون ولا يتقاسمونه جزافا إلا أن يكون معه الأكارع والجلد فيجوز كما قلنا فى البيع (وتختص بالإبل والبقر والغنم) لما مر فى الهدى ، ولقول الصحابة : الضحايا من الإبل والبقر والغنم وذلك اسم للكبار دون الصغار . قال (ويجزئ فيها ما يجزئ فى الهدى) وهو الثنى من الكل ، وهو من الغنم ماله سنة ، ومن البقر سنتان ، ومن الإبل خمس سنين ؛ ولا يجوز الجذع من الإبل والبقر والمعز ، لما روى أبو بردة قال « قلت : يا رسول الله ضحيت قبل الصلاة وعندى عتود خير من شاتى لحم أفيجزئنى أن أضحى به ؟ قال : يجزيك ولا يجزئ أحدا بعدك » والعتود من المعز كالجذع من الضأن ، وهو الذى أتى عليه أكثر الحول وهو القياس فى الضأن أيضا ، إلا أنا تركناه بقوله عليه الصلاة والسلام « نعم الأضحية الجذع من الضأن » ثم الاسم يتناول السالم منها ولا يجوز المعيب وقد بيناه ، والاختلاف فيه فى باب الهدى بعون الله تعالى ، إلا أن القليل من العيب عفو ، لأنه قلما

(١) أى فلأن يجوز ثلاثة أسباع ونصف ربع أولى لأن نصف السبع يكون تبعا لثلاثة الأسباع اهـ.

وَتَخْتَصُّ بِأَيَّامِ النَّحْرِ ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ : عَاشِرُ ذِي الْحِجَّةِ وَحَادِي عَشْرِهِ وَثَانِي عَشْرِهِ أَفْضَلُهَا أَوَّلُهَا ، فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يَذْبَحْ ، فَإِنْ كَانَ فَقِيرًا وَقَدِ اشْتَرَاهَا تَصَدَّقَ بِهَا حَيَّةً ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا تَصَدَّقَ بِثَمَنِهَا اشْتَرَاهَا أَوْ لَا ، وَيَدْخُلُ وَقْتُهَا بِطُلُوعِ الْفَجْرِ أَوَّلَ أَيَّامِ النَّحْرِ ، إِلَّا أَنَّ أَهْلَ الْمِصْرِ لَا يُضَحُّونَ قَبْلَ صَلَاةِ الْعِيدِ ؛

يسلم الحيوان منه فكان فى اعتباره حرج فينتفى والشقّ فى الأذن والوسم قليل لااعتبار به ، ويتصدّق بجلالها وخطامها ، ولا يعطى أجر الجزار منها وقد بيناه فى الهدى . قال (وتختص بأيام النحر ، وهى ثلاثة : عاشر ذى الحجة وحادى عشره وثانى عشره ، أفضلها أولها) لما روى عن عمر وعلىّ وابن عباس وابن عمر وأنس وأبى هريرة رضى الله عنهم أنهم قالوا : أيام النحر ثلاثة أفضلها أوّلها ، وهذا لايهتدى إليه العقل فكان طريقه السمع فكأنهم قالوه عن النبىّ عليه الصلاة والسلام ، وأفضلها أوّلها لما روينا ، لكونه مسارعة إلى الخير والقربة ، وأدناها آخرها لما فيه من التأخير عن فعل الخير ، ويجوز ذبحها فى أيامها ولياليها لأن الأيام إذا ذكرت بلفظ الجمع ينتظم ما بازائها من الليالى كما فى النذر لما عرف من قصة زكريا عليه السلام . قال (فان مضت ولم يذبح ، فان كان فقيرا وقد اشتراها تصدّق بها حية) لأنها غير واجبة على الفقير ، فاذا اشتراها بنية الأضحية تعينت للوجوب ، والإراقة إنما عرفت قربة فى وقت معلوم وقد فات فيتصدّق بعينها (وإن كان غنيا تصدّق بثمنها اشتراها أو لا) لأنها واجبة عليه ، فاذا فات وقت القربة فى الأضحية تصدّق بالثمن إخراجا له عن العهدة كما قلنا فى الجمعة إذا فاتت تقضى الظهر والفدية عند العجز عن الصوم إخراجا له عن العهدة . قال (ويدخل وقتها بطلوع الفجر أوّل أيام النحر ، إلا أن أهل المصر لايضحون قبل صلاة العيد) لقوله عليه الصلاة والسلام « من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تمّ نسكه وأصاب سنة المسلمين » وقال عليه الصلاة والسلام « إن أوّل نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية » وهذا الشرط فى حقّ من تجب عليه الصلاة ؛ أما من لاتجب عليه وهم أهل السواد فيجوز ذبحه بعد طلوع الفجر ، وهذا لأن العبادة لايختلف وقتها بالمصر وعدمه كسائر العبادات . أما شرطها يجوز أن يختلف ، ألا ترى أن الظهر يمنع من فعلها يوم الجمعة قبل صلاة الإمام ولا يمنع ذلك فى السواد كذا هذا ؛ ولو ضحى بعد صلاة أهل المسجد قبل صلاة أهل الجبانة لايجوز قياسا لأنه ضحى قبل الصلاة المعتبرة ، وجاز استحسانا لحصولها بعد صلاة معتبرة فان الاكتفاء بها جائز » ولو ضحى بها بعد أهل الجبانة قبل أهل المسجد ؛ قال الكرخى : كذلك » وقيل يجوز بكلّ وجه لأنها هى الأصل وصلاة أهل المصر لعذر ، وقيل لايجوز بكل وجه »

وَيَأْكُلُ مِنْ لَحْمِهَا، وَيُطْعِمُ الأَغْنِيَاءَ وَالفُقَرَاءَ وَيَدَّخِرُ . وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْبَحَهَا الكِتَابِيُّ ؛

لأن صلاة أهل المصر هى الأصل كسائر الصلوات ، وخروج الآخرين بعذر ضيق المسجد عنهم ، فان لم يصل الإمام فى اليوم الأول لعذر لايضحى حتى تزول الشمس ، وفى اليوم الثانى تجوز قبل صلاة العيد وبعدها ، رواه القدورى عن محمد ، والمعتبر مكان الأضحية لإمكان المالك كما فى الزكاة . وعن الحسن أنه اعتبر مكان المالك كصدقة الفطر ، فلو كان بالمصر وأهله بالسواد جاز أن يضحوا عنه قبل الصلاة وبالعكس لا ، وعند الحسن خلاف ذلك ، ويتأكد وجوبها آخر أيام النحر حتى لو افتقر فى أيام النحر سقطت عنه ، وإن افتقر بعدها لاتسقط ويتصدق بالثمن كما بينا ؛ وكذا لو مات فى أيام النحر سقطت وبعدها لا ، ويجب عليه أن يوصى بالتصدق بثمنها ، ولواشترى الفقير وضحى ثم أيسر فى أيام النحر ؛ قيل يعيد لأن العبرة لآخر الوقت،وقيل لا لأن الوجوب بطلوع الفجر أول الأيام . قال (ويأكل من لحمها ، ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر) لقوله تعالى ـ فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ـ وقال عليه الصلاة والسلام « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها ، وكنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحى فكلوا وادخروا » وإنما يجوز أن يطعم الأغنياء لأنه يجوز له الأكل وهو غنى فكذا غيره ؛ ويستحب أن لاتنقص الصدقة عن الثلث لأن النصوص قسمتها بين الأكل والتصدق والادخار فيكون لكل واحد الثلث وينتفع بجلدها فيما يفرش وينام عليه ، أو يعمل منه آلة تستعمل كالقربة والدلو والسفرة لما روى عن عائشة اتخذت من جلد أضحيتها سقاء ، أو يشترى به آلة كالمنخل والغربال ولا يشترى به ما لاينتفع به إلا بالاستهلاك كالأبازير (١) ونحوها ، لأن المأثور أن ينتفع به أو ببدله مع بقاء عينه ، ولا يبيعه لقوله عليه الصلاة والسلام « من باع جلد أضحيته فلا أضحية له » فان باعه بشىء من النقود يتصدق به لأن وقت القربة قد فات فيتصدق به ، كذا رواه محمد . قال (ويكره أن يذبحها الكتابى) لأنها عبادة ، وإن ذبحها جاز لأنه من أهل التذكية ؛ والأولى أن يذبحها بنفسه إن كان يحسن الذبح لأنها عبادة ، فاذا فعله بنفسه كان أفضل كما فى سائر العبادات ، والنبى عليه الصلاة والسلام « ضحى بكبشين أملحين يذبح ويكبر ويسمى » رواه أنس . وروى جابر « أنه عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين وقال حين وجههما : وجهت وجهى للذى فطر السموات والأرض حنيفا مسلما ، اللهم منك ولك ، عن محمد وأمته بسم الله الله أكبر » وإن كان لايحسن الذبح فالأولى أن يوليها غيره ، ويستحب أن يحضرها إن لم يذبحها ، لقوله عليه الصلاة والسلام « يا فاطمة

---

(١) قوله الأبازير : هى التوابل .

وَلَوْ ذَبَحَ أُضْحِيَةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ جازَ (ز) ، وَلَوْ غَلِطا فَذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما أُضْحِيَةَ الآخَرِ جازَ ، ويأخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما أُضْحِيَتَهُ مِنْ صَاحِبِهِ مَذْبُوحَةً وَمَسْلُوخَةً وَلا يُضَمِّنُهُ ، فإنْ أكَلاها ثُمَّ عَلِما فَلْيَتَحَلَّلا وَيُجْزِيهِما وَإِنْ تَشاجَرا ضَمِنَ كُلٌّ لِصاحِبِهِ قِيمَةَ لَحْمِهِ .

بنت محمد قومى فاشهدى أضحيتك ، فانه يغفر لك بأوّل قطرة تقطر من دمها إلى الأرض كلّ ذنب ، أما إنه يجاء بدمها ولحمها فيوضع فى ميزانك وسبعون ضعفا ، قال أبو سعيد الخدرى : يا نبيّ الله هذا لآل محمد خاصة فإنهم أهل لما خصوا به من الخير ، أم لآل محمد وللمسلمين عامّة ؟ قال : لآل محمد وللمسلمين عامة » . قال (ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره جاز) استحسانا ولا يجوز قياسا ، وهو قول زفر ، لأنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن ، كما إذا ذبح شاة قصاب ، وإذا ضمن لايجزيه عن الأضحية . وجه الاستحسان أنه لما اشتراها للأضحية فقد تعينت للذبح أضحية حتى وجب عليه أن يضحى بها فصار مستعينا بكلّ من كان أهلا للذبح على ذبحها آذنا له دلالة ، لأنه ربما يعجز عن إقامتها لعارض يعرض له فصار كما إذا ذبح شاة شدّ القصاب رجلها ليذبحها ، وإن كان تفوته المباشرة وحضورها ، لكن يحصل له تعجيل البرّ وحصول مقصوده بالتضحية بما عينه فيرضى به ظاهرا . قال (ولو غلطا فذبح كلّ واحد منهما أضحية الآخر جاز) وفيه قياس واستحسان كما تقدّم (ويأخذ كلّ واحد منهما أضحيته من صاحبه مذبوحة ومسلوخة ولا يضمنه) لأنه وكيله دلالة كما مرّ (فإن أكلاها ثم علما فليتحللاويجزيهما) لأنه لو أطعم كلّ واحد منهما صاحبه ابتداء جاز (وإن تشاجرا (١) ضمن كلّ لصاحبه قيمة لحمه) لأن التضحية لما وقعت لصاحبه كان اللحم له ، ومن أتلف لحم أضحية غيره ضمنه ، ثم يتصدّق كلّ واحد منهما بما أخذ من القيمة لأنه بدل لحم الأضحية ، فصار كما لو باع أضحيته . فقير اشترى أضحية فضاعت فاشترى أخرى ثم وجد الأولى فعليه أن يضحى بهما ، لأن الواجب على الفقير بالشراء بنية الأضحية بمنزلة النذر عرفا ، والشراء قد تعدّد ، بخلاف الغنيّ لأن الوجوب عليه بإيجاب الشرع ، والشرع لم يوجب عليه إلا مرّة واحدة . وذكر الزعفرانى : إن أوجب الثانية إيجابا مستأنفا فعليه أن يضحى بهما ، وإن أوجبها بدلا عن الأولى فله أن يذبح أيهما شاء ، لأن الإيجاب متحد فاتحد الواجب ، والله أعلم .

---

(١) قوله تشاجرا . فى نسخة أخرى : تشاحا .

كتاب الجنايات

القَتْلُ المُتَعَلِّقُ بالأحكامِ خَمْسَةٌ : عَمْدٌ ، وَشِبْهُ عَمْد ، وَخَطَأٌ ، وَمَا أُجْرِيَ مُجْرَى الخَطإِ ، وَالقَتْلُ بِسَبَبٍ .

كتاب الجنايات

وهى جمع جناية ، والجناية : كلّ فعل محظور يتضمن ضررا ، ويكون تارة على نفسه ، وتارة على غيره ، يقال : جنى على نفسه وجنى على غيره ؛ فالجناية على غيره تكون على النفس وعلى الطرف وعلى العرض وعلى المال ؛ والجناية على النفس تسمى قتلا أو صلبا أو حرقا ؛ والجناية على الطرف تسمى قطعا أو كسرا أو شجا ، وهذا الباب لبيان هاتين الجنايتين وما يجب بهما . والجناية على العرض نوعان : قذف وموجبه الحدّ وقد بيناه . وغيبة وموجبها الإثم ، وهو من أحكام الآخرة . والجناية على المال تسمى غصبا أو خيانة أو سرقة وقد بيناها وموجبها فى كتابى السرقة والغصب بعون الله تعالى . ثم القصاص مشروع ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة . أما الكتاب فقوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص ـ الآية . وقوله ـ ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ـ أى أثبتنا لوليه سلطنة القتل . والسنة قوله عليه الصلاة والسلام « من قتل قتلناه » وقوله عليه الصلاة والسلام « كتاب الله القصاص » وعليه الإجماع والعقل ، والحكمة تقتضى شرعيته أيضا ، فان الطباع البشرية والأنفس الشريرة تميل إلى الظلم والاعتداء وترغب فى استيفاء الزائد على الابتداء سيما سكان البوادى وأهل الجهل العادلين عن سنن العقل والعدل كما نقل من عادتهم فى الجاهلية ، فلو لم تشرع الأجزية الزاجرة عن التعدّى والقصاص من غير زيادة ولا انتقاص لتجرأ ذوو الجهل والحمية والأنفس الأبية على القتل والفتك فى الابتداء وإضعاف ما جنى عليهم فى الاستيفاء ، فيؤدّى ذلك إلى التفانى ، وفيه من الفساد ما لا يخفى ؛ فاقتضت الحكمة شرع العقوبات الزاجرة عن الابتداء فى القتل والقصاص المانع من استيفاء الزائد على المثل فورد الشرع بذلك لهذه الحكمة حسما عن مادّة هذا الباب فقال ـ ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب ـ .

قال (القتل المتعلق بالأحكام خمسة : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجرى مجرى الخطأ ، والقتل بسبب) ومعناه القتل الواقع ابتداء بغير حقّ الذى يتعلق به القصاص أو الدية والكفارة هذه الخمسة ، وبيان الحصر أن القتل لا يخلو إما إن كان مباشرة أو لا ، فان لم يكن مباشرة فهو القتل بسبب ؛ وإن كان مباشرة، فإما إن كان عمدا أو خطأ ، فإن كان عمدا

فَالْعَمْدُ : أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا يُفَرِّقُ الأَجْزَاءَ : كَالسَّيْفِ وَاللِّيطَةِ وَالمَرْوَةِ وَالنَّارِ ؛ وَحُكْمُهُ المَأْثَمُ وَالقَوَدُ ، إلاَّ أَنْ يَعْفُوَ الأَوْلِيَاءُ ، أَوْ وُجُوبُ المَالِ عِنْدَ المُصَالَحَةِ بِرِضَى القَاتِلِ فِي مَالِهِ ،

فإما إن كان بسلاح وما شابهه فى تفريق الأجزاء أو بغير ذلك ؛ فان كان فهو العمد ، وإن كان بغيره فهو شبه العمد ، وإن كان خطأ ، فأما إن كان حالة اليقظة أو حالة النوم ، فان كان حالة اليقظة فهو الخطأ ، وإن كان حالة النوم فهو الذى أجرى مجراه ، ولئن قيل قتل المكره ليس مباشرة من المكره وقد جعلتموه عمدا حتى أوجبتم عليه القصاص . قلنا لما كان المكره مطلوب الاختيار لم يضف الفعل إليه فجعلناه كالآلة فى يد المكره وانتقل فعله إليه ، فكأن المكره قتله بآلة أخرى فصار مباشرة تقديرا وشرعا ، وتمامه يعرف فى الإكراه . قال (فالعمد أن يتعمد الضرب بما يفرق الأجزاء كالسيف والليطة والمروة والنار) لأن العمد فعل القلب لأنه القصد ، وذلك لايوقف عليه إلا بدليله وهو مباشرة الآلة الموجبة للقتل عادة ، وأنه موجود فيما ذكرناه فكان عمدا ، ولو قتله بحديد أو صفر غير محدد كالعمود والسنجة ونحوهما فيه روايتان فى ظاهر الرواية هو عمد نظرا إلى أنه أصل الآلة ، وفى رواية الطحاوى ليس بعمد لأنه لايفرق الأجزاء ؛ ولو طعنه برمح لاسنان له فجرحه فهو عمد لأنه إذا فرق الأجزاء فهو كالسيف . وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة فيمن ضرب رجلا بإبرة وما يشبهها عمدا فمات لاقود فيه ؛ وفى المسلة ونحوها القود لأن الإبرة لايقصد بها القتل عادة ويقصد بالمسلة ، وفى رواية أخرى إن غرز بالإبرة فى المقتل قتل وإلا فلا . قال (وحكمه المأثم والقود) أما المأثم فبالإجماع ، ولقوله تعالى ـ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه ـ وقال عليه الصلاة والسلام « الآدمى بنيان الرب ملعون من هدمه » والنصوص فيه كثيرة . وأما القود فلقوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ والمراد به العمد لأنه لاقصاص فى غيره ، وقوله عليه الصلاة والسلام « العمد قود » أى حكمه وموجبه . قال (إلا أن يعفو الأولياء) لأن الحق لهم قال (أو وجوب المال عند المصالحة برضى القاتل فى ماله) لأن الحق له ، فاذا صالح عنه بعوض ورضى غريمه قليلا كان أو كثيرا جاز كما فى سائر الحقوق ، ويجب فى مال القاتل لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتعقل العاقلة عمدا ولا صلحا » وهذا عمد وصلح فلا تتحمله العاقلة فيجب فى ماله على ماشرطا من التأجيل والتعجيل والتنجيم ، قال عليه الصلاة والسلام « المؤمنون عند شروطهم » فان لم يذكرا شيئا فهو حال كسائر المعاوضات عند الإطلاق ، والأصل فيه قوله تعالى ـ فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ـ والمراد به الصلح ، وهذا لأن موجب العمد القود عينا فلا يجب المال إلا بالصلح برضا القاتل ، بيانه قوله تعالى ـ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ـ فلو وجب المال أو أحدهما

أَوْ صُلْحُ بَعْضِهِمْ أَوْ عَفْوُهُ ، فَتَجِبُ بَقِيَّةُ الدِّيَةِ عَلَى العَاقِلَةِ ، أَوْ عِنْدَ تَعَذُّرِ اسْتِيفائِهِ لِشُبْهَةٍ كَقَتْلِ الأَبِ ابْنَهُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ فِى مَالِهِ فِى ثَلاثِ سِنِينَ ؛ وَلا كَفَّارَةَ فِى العَمْدِ . وَشِبْهُ العَمْدِ : أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لا يُفَرِّقُ (م) الأَجْزَاءَ : كَالحَجَرِ وَالعَصَا وَاليَدِ ،

لايكون النفس بالنفس ، وشريعة من تقدّمنا تلزمنا إلا أن يثبت النسخ ، وجميع أحاديث التخيير بين القصاص والدية أخبار آحاد لاينسخ بها الكتاب ، وقوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص ـ وهو المماثلة لغة ، والمماثلة بين النفس والنفس لابينها وبين المـال ؛ أو نقول ذكر القصاص ولم يذكر الدية ، فلو ثبت التخيير أو الدية لثبت بخبر الواحد وأنه زيادة على الكتاب ، والزيادة نسخ والكتاب لاينسخ به . وقال عليه الصلاة والسلام « العمد قود » وقال « كتاب الله القصاص » وقد مرّ التمسك به . قال (أو صلح بعضهم أو عفوه ، فتجب بقية الدية على العاقلة (١)) لأنه حقّ مشترك بين الورثة ، فان النبىّ عليه الصلاة والسلام ورّث امرأة أشيم الضبابى من عقله ، وإذا كان مشتركا بينهم فلكلّ منهم العفو عن نصيبه ؛ والصلح عنه كغيره من الحقوق ، فاذا صالح البعض أو عفا تعذّر القصاص لأنه لايتجزأ وقد سقط البعض فيسقط الباقى ضرورة ، وإذا سقط انقلب نصيب الباقى مالا لئلا يسقط لا إلى عوض ، ولا يجب على القاتل لأن الشرع ما أوجبه عليه كما مرّ ولا التزمه فيجب على العاقلة لأنه وجب بغير قصد من القاتل فصار كالخطأ ، وليس للعافى منه شىء لسقوط حقه بعفوه . قال (أو عند تعذّر استيفائه لشبهة كقتل الأب ابنه فتجب الدية فى ماله فى ثلاث سنين) وهذا لأن الأب لايقتل بابنه ، قال عليه الصلاة والسلام « لايقاد والد بولده » ولأنه جزؤه ، فأورث شبهة فى القصاص فسقط ، وإذا سقط القصاص تجب الدية فى ماله لأنه عمد ، وتجب فى ثلاث سنين لما يأتى إن شاء الله تعالى . قال (ولا كفارة فى العمد) لأن الله تعالى لم يوجبها فيه حيث لم يذكرها ولو وجبت لذكرها كما ذكرها فى الخطأ ولأنه كبيرة ، وفى الكفارة معنى العبادة فلا يتعلق بها ولا يقاس على الخطأ فإن جناية العمد أعظم ، فلا يلزم من رفعها للأدنى رفعها للأعلى . قال (وشبه العمد : أن يتعمد الضرب بما لايفرّق الأجزاء كالحجر والعصا واليد) وقالا : إذا ضربه بحجر عظيم أو خشبة عظيمة فهو عمد ؛ وشبه العمد عندهما أن يتعمد الضرب بما لايقتل غالبا كالسوط والعصا الصغيرة ، لأن معنى العمدية قاصرة فيهما لما أنه لايقتل عادة ، ويقصد به غير القتل كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ؛ أما الذى لايلبث ولا يتقاصر عن عمل السيف

---

(١) قوله على العاقلة ، فيه نظر ، فانه ذكر فى المعراج والكافى والحداد وغيرهم من كتب الحنفية أن الدية فى مال القاتل ، كذا بهامش بعض النسخ .

وَمُوجَبُهُ الإِثْمُ وَالكَفَّارَةُ وَالدِّيَةُ مُغَلَّظَةٌ عَلَى العَاقِلَةِ ، وَهُوَ عَمْدٌ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ وَالخَطَأُ أَنْ يَرْمِيَ شَخْصًا يَظُنُّهُ صَيْدًا ، أَوْ حَرْبِيًّا فإذَا هُوَ مُسْلِمٌ ، أَوْ يَرْمِي غَرَضًا فَيُصِيبُ آدَمِيًّا ، وَمُوجَبُهُ الكَفَّارَةُ وَالدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ ، وَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ .

فى إزهاق الزوح فيكون عمدا . وروى أن يهوديا رضخ رأس جارية بالحجر ، فأمر النبى عليه الصلاة والسلام بالقصاص . ولأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل » من غير فصل بين عصا وعصا . وروى النعمان بن بشير عن النبىّ عليه الصلاة والسلام أنه قال « كلّ شىء خطأ إلا السيف ، وفى كل خطأ أرش » وعن علىّ رضى الله عنه أنه قال : شبه العمد : الحذفة (١) بالعصا والقذفة بالحجر ، فالنبىّ عليه الصلاة والسلام سماه خطأ العمد لأنه عمد من جهة الفعل خطأ من جهة الحكم ، لأن آلته ليست آلة العمد ، ولأن معنى العمدية فيه قاصر لكونه آلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه ، وهذا لأنه لايمكن قتله بها على غرّة منه فيمكنه الاحتراز منه ، بخلاف السيف وأخواته فانها تستعمل على غرّة من المقتول فكان شبه العمد كالعصا والسوط الصغيرين ، ولأن القتل إفساد الآدمى صورة ومعنى ؛ أما صورة فبنقض التركيب ؛ وأما معنى فإفساد المنافع ، وقد وجد القتل ههنا معنى لاصورة ، فلو وجب القصاص وأنه يجب بالسيف عملا بالحديث يكون قتلا صورة ومعنى فلا توجد المماثلة الواجبة بالنصوص ؛ وأما اليهودى فالنبىّ عليه الصلاة والسلام قتله سياسة ، فانه روى أنه كان اعتاد ذلك ، وعندنا متى تكرّر منه ذلك فللإمام أن يقتله سياسة . قال (وموجبه الإثم) لأنه قتل عن قصد (والكفارة) لشبهه بالخطأ ، وفيها معنى العبادة فيحتاط فى إيجابها (والدية مغلظة على العاقلة) لأن كلّ دية تجب بالقتل من غير صلح ولا عفو لبعض فانها تجب على العاقلة على ما يأتى فى الديات ، وسنبين كيفية وجوبها والتغليظ وقدرها ثم إن شاء الله تعالى . قال (وهو عمد فيما دون النفس) لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة ، وما دونها لايختصّ بآلة دون آلة ، فبقى المعتبر تعمد الضرب وقد وجد فكان عمدا . قال (والخطأ أن يرمى شخصا يظنه صيدا أو حربيا فاذا هو مسلم) وهو خطأ فى القصد (أو يرمى غرضا فيصيب آدميا) وهو خطأ فى الفعل (وموجبه الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى - ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله - (ولا إثم عليه) قال عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » الحديث ، وقيل المنفى إثم القتل ، وإنما يأثم من حيث ترك الاحتراز والتثبت حالة الرمى ، ولهذا وجبت الكفارة .

(١) قوله الحذفة ، قال فى مختار الصحاح : حذفه بالعصا : رماه بها .

وَمَا أُجْرِيَ مُجْرَى الخَطَإِ : مِثْلُ النَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلَى إِنْسَانٍ فَيَقْتُلُهُ فَهُوَ كَالخَطَإِ وَالقَتْلُ بِسَبَبٍ : كَحَافِرِ البِئْرِ وَوَاضِعِ الحَجَرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ وَفِنَائِهِ فَيَعْطَبُ بِهِ إِنْسَانٌ ، وَمُوجَبُهُ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ لَا غَيْرُ ، وَكُلُّ ذَلِكَ يُوجِبُ حِرْمَانَ الإِرْثِ إِلَّا القَتْلَ بِسَبَبٍ ، وَلَوْ مَاتَ فِي البِئْرِ غَمًّا أَوْ جُوعًا فَهُوَ هَدَرٌ (سم) ، وَالكَفَّارَةُ عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ . وَيُقْتَلُ الحُرُّ بِالحُرِّ وَبِالعَبْدِ .

قال (وما أجرى مجرى الخطأ : مثل النائم ينقلب على إنسان فيقتله فهو كالخطأ) فى الحكم لأن النائم لاقصد له فلا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ ، إلا أنه فى حكم الخطأ لحصول الموت بفعله كالخاطئ . قال (والقتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه وفنائه فيعطب به إنسان ، وموجبه الدية على العاقلة لاغير) لأنه متعدّ فيما وضعه وحفره فجعل دافعا موقعا فتجب الدية على العاقلة ، ولا يأثم فيه لعدم القصد ، ولا كفارة عليه لأنه لم يقتل حقيقة ، وإنما ألحقناه بالقاتل فى حق الضمان فبقى ما وراءه على الأصل ، وسواء كان الواقع حرًا أو عبدا أو دابة فضمانه عليه ، بذلك قضى شريح بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم ، ولوسقاه سما فقتله فهو مسبب لأنه لم يقتله مباشرة ولا هو موضوع للقتل ، ولهذا يختلف باختلاف الطبائع ، وإن دفعه إليه فشربه فلا شىء عليه ولا على عاقلته ، لأن الشارب هو الذى قتل نفسه ، فصار كما إذا تعمد الوقوع فى البئر . قال (وكل ذلك وجب حرمان الإرث إلا القتل بسبب) قال عليه الصلاة والسلام « لاميراث لقاتل » والمسبب ليس بقاتل ولا متهم ، لأنه لايعلم أن مورثه يقع فى البئر وهو متهم فى الخطأ لاحتمال أنه قصد ذلك فى الباطن . قال (ولو مات فى البئر غما أو جوعا فهو هدر) وقال محمد : يضمن الحافر فيهما . وقال أبو يوسف : يضمن فى الغم دون الجوع ؛ لأن الغم بسبب البئر والوقوع فيها ، أما الجوع بسبب فقد الطعام ولا مدخل للبئر فى ذلك . ولمحمد أن الجوع أيضا بسبب الوقوع إذ لولاه لكان الطعام قريبا منه . ولأبى حنيفة أنه لم يمت بالوقوع فلا يضمن ، وإنما مات لمعنى فى نفسه وهو الجوع والغم ، وذلك غير مضاف إلى الحافر فلا يكون مسببا . قال (والكفارة عتق رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) لقوله تعالى - فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين - ولا يجزى فيها الطعام لأن الكفارات لاتعلم إلا نصا ولا نص فيه .

فصــــل

(ويقتل الحر بالحر وبالعبد) أما الحر بالحر فلا خلاف فيه ، قال تعالى - الحر بالحر -

وَالرَّجُلُ بالمَرْأةِ ، وَالصَّغِيرُ بالكَبِيرِ ، وَالمُسْلِمُ بالذِّمِّيِّ (ف) . وَلا يُقْتَلانِ بالمُسْتأمَنِ ، وَيُقْتَلُ المُسْتأمَنُ بالمُسْتأمَنِ ، وَيُقْتَلُ الصَّحِيحُ بالزَّمِنِ والأعْمَى وَبالمَجْنُونِ وَبِناقِصِ الأطْرَافِ ؛ وَلا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِوَلَدِهِ ، وَلا بِعَبْدِهِ ، وَلا بِعَبْدِ وَلَدِهِ ، وَلا بِمُكاتَبِهِ ؛ وَمَنْ وَرِثَ قِصاصًا عَلى أبِيهِ سَقَطَ ، وَالأمُّ وَالأجْدادُ وَالجَدَّاتُ مِنْ أيِّ جِهَةٍ كانُوا كالأبِ ، وَمَنْ جَرَحَ رَجُلاً عَمْدًا فَماتَ فَعَلَيْهِ القِصاصُ ،

وأما الحرّ بالعبد فلقوله تعالى ـ النفس بالنفس ـ وقال عليه الصلاة والسلام « المسلمون تتكافأ دماؤهم » ولأنهما تساويا فى عصمة الدم فيجب القصاص للمساواة ، وقوله تعالى ـ الحرّ بالحرّ ـ لايدلّ على عدم جواز قتل الحرّ بالعبد لأنه تخصيص بالذكر فلا يدلّ على نفى ما سواه ؛ ألا يرى أنه يقتل العبد بالحرّ والذكر بالأنثى والأنثى بالذكر فلا حجة فيه ونحن نعمل به وبقوله ـ النفس بالنفس ـ وبالحديث فكان أولى من العمل به خاصة . قال (والرجل بالمرأة ، والصغير بالكبير) لإطلاق النصوص . قال (والمسلم بالذمى) لما روى جابر « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام قاد مسلما بذمىّ وقال : أنا أحقّ من وفى بذمته » ولاستوائهما فى العصمة المؤبدّة ، ولأن عدم القصاص تنفير لهم عن قبول عقد الذمة وفيه من الفساد ما لايخفى ، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام « لايقتل مسلم بكافر » الحربى ، لأن الكافر متى أطلق ينصرف إلى الحربى عادة وعرفا فينصرف إليه توفيقا بين الحديثين (ولا يقتلان) يعنى المسلم والذمى (بالمستأمن) لعدم التساوى فانه غير محقون الدم على التأبيد وحرابه يوجب إباحة دمه ، فانه على عزم العود والمحاربة . وعن أبى يوسف أنه يقتل به اعتبارا بالعهد وصار كالذمى وجوابه مرّ (ويقتل المستأمن بالمستأمن) للمساواة . وقيل لايقتل ، وهو الاستحسان لقيام المبيح . قال (ويقتل الصحيح بالزمن والأعمى وبالمجنون وبناقص الأطراف) لما تقدّم من العمومات ، ولأنا لو اعتبرنا التفاوت فيما وراء العصمة من الأطراف والأوصاف لامتنع القصاص وأدى ذلك إلى التقاتل والتفانى . قال (ولا يقتل الرجل بولده ، ولا بعبده ، ولا بعبد ولده ، ولا بمكاتبه) قال عليه الصلاة والسلام « لايقاد والد بولده ولا سيد بعبده » ولأن الإنسان لايجب لنفسه على نفسه قصاص ، ولا لولده عليه لما تقدّم ، والمدبر وأم الولد كالعبد ، وكذا لايقتل بعبد ملك بعضه ، لأن القصاص لايتجزأ . قال (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) لأن الابن لايثبت له قصاص على الأب لما مرّ (والأم والأجداد والجدات من أىّ جهة كانوا كالأب) لما بينهما من الجزئية ، ولأنهم كانوا السبب فى إيجاده فصاروا كالأب . قال (ومن جرح رجلا عمدا فمات فعليه القصاص) معناه إذا مات منها بأن لم يعرض له عارض آخر يضاف الموت إليه لأنه قتله

ولا يُسْتَوْفَى القِصَاصُ إلاَّ بالسَّيْفِ ، وَلا قِصَاصَ عَلَى شَرِيكِ الأَبِ وَالمَوْلَى وَالخَاطِئِ وَالصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ وكُلِّ مَنْ لا يَجِبُ القِصَاصُ بِقَتْلِهِ ، وَإذَا قُتِلَ عَبْدُ الرَّهْنِ فَلا قِصَاصَ حَتَّى يَجْتَمِعَ الرَّاهِنُ وَالمُرْتَهِنُ ، وَإذَا قُتِلَ المُكَاتَبُ عَنْ وَفَاءٍ وَلَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ المَوْلَى فَلا قِصَاصَ أَصْلاً ، وَإنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً فالقِصَاصُ لِلْمَوْلَى ، وَإنْ قُتِلَ عَنْ وَفَاءٍ وَلا وَارِثَ لَهُ إلاَّ المَوْلَى فَلَهُ القِصَاصُ (م)، وَإذَا كَانَ القِصَاصُ بَيْنَ كِبَارٍ وَصِغَارٍ فَلِلْكِبَارِ الاسْتِيفَاءُ (سم)

عمدا فيجب القصاص . قال (ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف) قال عليه الصلاة والسلام « لاقود إلا بالسيف » والمراد به السلاح . قال (ولا قصاص على شريك الأب والمولى والخاطئ والصبيّ والمجنون وكل من لايجب القصاص بقتله) لأنه قتل حصل بسببين : أحدهما غير موجب للقود وهو لايتجزى فلا يجب ، لأن الأصل فى الدماء الحرمة ، والنصوص الموجبة للقصاص مختصة بحالة الانفراد وموضع يمكن القصاص وهو غير ممكن هنا لعدم التجزى فلا يتناوله النصّ ، ثم من يجب عليه القصاص لو انفرد عليه نصف الدية فى ماله لأن فعله عمد ، وإنما لم يجب القصاص لتعذّر الاستيفاء ، والعاقلة لاتعقل العمد لما روينا ، ونصفها الآخر على عاقلة الآخر إن كان صبيا أو مجنونا أو خطأ ، لأن الدية تجب فيه بنفس القتل ، فان عمد الصبيّ والمجنون خطأ ، قاله علىّ رضى الله عنه ، وإن كان الأب فنى ماله على ما تقدّم . قال (وإذا قتل عبد الرهن فلا قصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لأنه تعلق به حقّ كل واحد منهما ، فالمرتهن لاملك له فيه فلا يليه ، والراهن ملكه لكن لو قتله بطل حقّ المرتهن فاشترط اجتماعهما ليسقط حقّ المرتهن فلا يرجع على الراهن . قال (وإذاقتل المكاتب عن وفاء وله ورثةغير المولى فلاقصاص أصلا) لاشتباه الولىّ فإنه إن مات عبدا فالمولى وليه فإن مات حرا فالوارث وليه ، والمسألة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم فاشتبه الولى فتعذّر الاستيفاء (وإن لم يترك وفاء فالقصاص للمولى) لأنه مات عبدا بالإجماع (وإن قتل عن وفاء ولا وارث له إلا المولى فله القصاص) لأن حقّ الاستيفاء له حرّا مات أوعبدا ، والحكم واحد وهو القود ، واختلاف السبب لايفضى إلى المنازعة . وقال محمد : لاقصاص لاشتباه سبب الاستيفاء بالولاية أو بالرقّ ، وجوابه مامرّ . قال (وإذا كان القصاص بين كبار وصغار فللكبار الاستيفاء) وقالا : ليس للكبار ، وذلك لأنه حقّ مشترك بينهم فلا ينفرد به أحدهم كالحاضر مع الغائب وأحد الموليين . ولأبى حنيفة أن القصاص لايتجزى لأنه ثبت بسبب لايتجزى وهى القرابة ، فثبت لكلّ واحد منهم كملا كولاية الإنكاح والموليان على الخلاف ، والعفو من الصغير غير محتمل ، وفى انتظار بلوغه تفويت الاستيفاء على سبيل الاحتمال ، بخلاف الكبيرين والغائب لأن احتمال العفو

وَإِذَا قُتِلَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوهِ فَلِلْأَبِ أَوِ الْقَاضِي أَنْ يَقْتُلَ أَوْ يُصَالِحَ ، وَلَيْسَ لَهُ الْعَفْوُ ، وَالْوَصِيُّ يُصَالِحُ لاَ غَيْرُ ، وَلاَ قِصَاصَ فِي التَّخْنِيقِ وَالتَّغْرِيقِ (سم) . وَيُقْتَلُ الْجَمَاعَةُ بِالْوَاحِدِ ، وَيُقْتَلُ الْوَاحِدُ بِالْجَمَاعَةِ اكْتِفَاءً وَإِنْ قَتَلَهُ وَلِيُّ أَحَدِهِمْ سَقَطَ حَقُّ الْبَاقِينَ ، وَمَنْ رَمَى إِنْسَانًا عَمْدًا فَنَفَذَ مِنْهُ إِلَى آخَرَ وَمَاتَا فَالْأَوَّلُ عَمْدٌ وَالثَّانِي خَطَأٌ .

منه ثابت فافترقا ، ولو كان الكلّ صغارا قيل يستوفى السلطان ، وقيل ينتظر بلوغ أحدهم ، والمجنون والمعتوه كالصبىّ ، ولأن الصبىّ مولى عليه ، فاذا استوفاه الكبير كان بعضه أصالة وبعضه نيابة . قال (وإذا قتل ولىّ الصبىّ والمعتوه فللأب أو القاضى أن يقتل أو يصالح وليس له العفو ، والوصىّ يصالح لاغير) أما الأب فله ولاية على النفس ، وهذا من بابه شرع لأمر راجع إليها وهو التشفى فيثبت له التشفى بالقتل كولاية النكاح ؛ وإذا ثبت له ولاية القتل ثبت له ولاية الصلح لأنه أنفع للصبىّ ، وليس له أن يعفو لأنه إبطال الحقّ بغير عوض ، وعلى هذا قطع يد المعتوه عمدا ، وكذلك القاضى لأنه بمنزلة السلطان . ومن قتل ولا ولىّ له فللسلطان أن يستوفى القصاص ، فكذلك القاضى ؛ وأما الوصىّ فلا يملك العفو لما ذكرنا ، ولا القصاص لأنه لاولاية له على النفس فتعين الصلح صيانة للحقّ عن البطلان . قال (ولا قصاص فى التخنيق والتغريق) خلافا لهما ، وهى مسألة القتل بالمثقل ، فان تكرّر منه ذلك فللإمام قتله سياسة لأنه سعى فى الأرض الفساد . قال (وتقتل الجماعة بالواحد) لما مرّ من العمومات ، ولما روى أن سبعة من صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضى الله عنه وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به ، وذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان إجماعا ، وهذا بخلاف ما إذا اجتمعوا على قطع يد حيث لايقطعون ، لأن القصاص فى النفس يجب بازهاق الروح ولأنه لايتبعض فيصير كلّ واحد كالمنفرد فى إتلافها . أما القطع يتبعض ، فيكون الواحد متلفا بعض اليد ، ولأن الاجتماع على القتل أكثر فكان شرع الزاجر فيه دفعا لأغلب الجنايتين وأعظمهما فلا يلزم شرعه لدفع أدناهما . قال (ويقتل الواحد بالجماعة اكتفاء) وصورته : رجل قتل جماعة فانه يقتل ولا يجب عليه شىء آخر ، لأنهم إن اجتمعوا على قتله وزهوق الروح لايتبعض يصير كلّ واحد منهم مستوفيا جميع حقه لما بينا ، فلا يجب له شىء من الأرش (وإن قتله ولىّ أحدهم سقط حقّ الباقين) لأن حقهم فى القصاص وقد فات ، وصار كما إذا مات القاتل فانه يسقط القصاص لفوات محله كذا هذا وصار كموت العبد الجانى . قال (ومن رمى إنسانا عمدا فنفذ منه إلى آخر وماتا فالأوّل عمد) لأنه تعمد رميه ، وفيه القصاص على ما بينا (والثانى خطأ) لأنه لم يقصده فكان خطأ لما مرّ . ومن نهشته حية وعقره سبع

فصـــل

وَلَا يَجْرِي القِصَاصُ فِي الأَطْرَافِ إِلَّا بَيْنَ مُسْتَوِي الدِّيَةِ إِذَا قُطِعَتْ مِنَ المَفْصِلِ وَتَمَاثَلَتْ .

وشجّ نفسه وشجه آخر ، فعلى الشاج ثلث الدية والباقى هدر لأنه تلف بثلاثة أنواع : جناية معتبرة فى الدنيا والآخرة ، وهى فعل الأجنبى ؛ وجناية هدر فى الدنيا والآخرة ، وهى فعل السبع والحية ؛ وجناية معتبرة فى الآخرة هدر فى الدنيا ، وهو فعله ، فيكون على الأجنبى ثلث دية النفس لأنه أتلف الثلث .

فصـــل

(ولا يجرى القصاص فى الأطراف إلا بين مستوى الدية إذا قطعت من المفصل وتماثلت) والأصل فيه قوله تعالى ـ والجروح قصاص ـ وأنه يقتضى المماثلة ، ولأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال ، ولهذا لايقطع الصحيح بالأشل والكامل بالناقصة الأصابع لاختلافهما فى القيمة ، بخلاف النفس على ما مرّ . وإذا كان كذلك تنتفى المماثلة بانتفاء المساواة فى المالية ، والمالية معلومة بتقدير الشرع فأمكن اعتبار التساوى فيها ، ولا يمكن التساوى فى القطع إلا إذا كان من المفصل . إذا ثبت هذا فنقول : لايجرى القصاص فى الأطراف بين الرجل والمرأة ، ولا بين الحر والعبد لاختلافهما فى القيمة وهى الدية ، ولابين العبيد لأنهم إن تفاوتت قيمتهم فظاهر ، وإن تساوت فذلك مبنى على الحزر والظن فلا يثبت به القصاص . ونص محمد على جريان القصاص بين الرجل والمرأة فى الشجاج التى يجرى فيها القصاص ، لأنه ليس فى الشجاج تفويت منفعة وإنما هو إلحاق شين وقد استويا فيه ، وفى الطرف تفويت المنفعة وقد اختلفا فيها ، ويجرى بين المسلم والذمى لتساويهما فى الدية . ثم النقصان نوعان : نقص مشاهد كالشلل فيمنع من استيفاء الكامل بالناقص ، ولا يمنع من استيفاء الناقص بالكامل . ونقص من طريق الحكم كاليمين مع اليسار ، فيمنع استيفاء كل واحد من الطرفين بالآخر . وكذا الأصابع لايقطع إلا بمثلها اليمين باليمين واليسار باليسار ، وكذا العين اليمين باليمين واليسار باليسار ، والناب بالناب ، والثنية بالثنية ، والضرس بالضرس ، ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ، لأن القصاص ينبئ عن المساواة ولامساواة إلا بالتساوى فى المنفعة والقيمة والعضو ، وقس على هذا أمثاله ؛ فإذا قطع يده غيره من المفصل قطعت يده لما مرّ ، ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك كل عضو يقطع من المفصل كالرجل ومارن الأنف وهو

وَلا قِصَاصَ فِي اللِّسانِ وَلا فِي الذَّكَرِ إلاَّ أنْ تُقْطَعَ الحَشَفَةُ ؛ وَلا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ إلاَّ السِّنَّ ، فإنْ قُلِعَ يُقْلَعُ ، وَإنْ كُسِرَ يُبْرَدُ بِقَدْرِهِ ؛ وَلا قِصَاصَ فِي العَيْنِ إلاَّ أنْ يَذْهَبَ ضَوْؤُها وَهِيَ قائِمَةٌ بأنْ يُوضَعَ عَلى وَجْهِهِ قُطْنٌ رَطْبٌ وَتُقابَلُ عَيْنُهُ بالمِرآةِ المُحْماةِ حَتَّى يَذْهَبَ ضَوْؤُها ؛ وَلا تُقْطَعُ الأيْدِي باليَدِ وَتَجِبُ الدِّيَةُ ؛ وَمَنْ قَطَعَ يَمِينَيْ رَجُلَيْنِ قَطَعا يَمِينَهُ وأخَذا مِنْهُ دِيَةَ الأُخْرَى بَيْنَهُما ؛ فإنْ قَطَعَها أحَدُهُما مَعَ غَيْبَةِ الآخَرِ فَلِلآخَرِ دِيَةُ يَدِهِ ؛ وَإذا كانَ القاطِعُ أشَلَّ أوْ ناقِصَ الأصابِعِ ، فالمَقْطُوعُ إنْ شاءَ قَطَعَ المَعِيبَةَ ، وَإنْ شاءَ أخَذَ دِيَةَ يَدِهِ ،

مالان منه ، والأذن بالأذن لإمكان المماثلة بينهما فى القطع . قال الله تعالى ـ والأنف بالأنف والأذن بالأذن ـ . قال (ولا قصاص فى اللسان ولا فى الذكر إلا أن تقطع الحشفة) لأن كلّ واحد منهما ينقبض وينبسط فلا يمكن المماثلة بينهما فى القطع فلا قصاص ، بخلاف ما إذا قطع الحشفة فانه معلوم كالمفصل ، ولو قطع بعضها وبعض الذكر فلا قصاص لتعذّر المساواة . أما الأذن لاتنقبض فيمكن المماثلة سواء قطعها أو بعضها . وأما الشفة إن قطعها جميعها وجب القصاص لإمكان المساواة ، وإن قطع بعضها لاقصاص لتعذّرها . قال (ولا قصاص فى عظم إلا السنّ) روى ذلك عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ، ولأن المماثلة متعذّرة فيما سواه من العظام ، لأنه إذا كسر موضع ينكسر موضع آخر لأنه أجوف كالقارورة ممكنة فى السنّ ، قال تعالى ـ والسنّ بالسنّ ـ (فان قلع يقلع) سنه (وإن كسر يبرد بقدره) تحقيقا للمساواة ، حتى لو كان السنّ بحال لايمكن برده لاقصاص ، وتجب الدية فى ماله ، ولا اعتبار بالكبر والصغر لاستوائهما فى المنفعة . قال (ولا قصاص فى العين) لتعذّر المساواة (إلا أن يذهب ضوؤها وهى قائمة) فيمكن القصاص (بأن يوضع على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة المحماة حتى يذهب ضوؤها) روى ذلك عن علىّ رضى الله عنه وغيره من الصحابة ، لأنه طريق إلى استيفاء القصاص فيسلك . وعن أبى يوسف : لاقصاص فى الأحول لأنه نقص فى العين كالشلل فى اليد . قال (ولا تقطع الأيدى باليد) وقد بيناه (وتجب الدية) لأنه متى تعذّر القصاص تجب الدية لئلا تخلو الجناية عن موجب . قال (ومن قطع يمينى رجلين قطعا يمينه وأخذا منه دية الأخرى بينهما) لأنهما استويا فى سبب الاستحقاق كالغرماء فى التركة (فان قطعها أحدهما مع غيبة الآخر فللآخر دية يده) لأن الحاضر استوفى حقه وبقى حقّ الغائب وتعذّر استيفاء القصاص فيصار إلى الدية . قال (وإذا كان القاطع أشلّ أو ناقص الأصابع ، فالمقطوع إن شاء قطع المعيبة ، وإن شاء أخذ دية يده) لأنه تعذّر استيفاء حقه كملا ، فان رضى

وكَذَلِكَ لَوْ كانَ رأسُ الشَّاجِّ أصْغَرَ ، ولَوْ كانَ رأسُ الشَّاجِّ أكْبَرَ فالمَشْجُوجُ إنْ شاءَ أخَذَ بِقَدْرِ شَجَّتِهِ ، وإنْ شاءَ أخَذَ أرْشَها ؛ ومَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطأً ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْداً قَبْلَ البُرْءِ أوْ خَطأً بَعْدَهُ ، أوْ قَطَعَ يَدَهُ عَمْداً ثُمَّ قَتَلَهُ خَطأً أوْ عَمْداً بَعْدَ البُرْءِ أُخِذَ بالأمْرَيْنِ ،

بدون حقه أخذه ولا شيء له غيره ، وإن شاء أخذ العوض وهو الأرش ، كمن غصب مثليا فأتلفه ثم انقطع عن أيدى الناس ، فللمالك أن يأخذ القيمة كذا هذا ؛ ولو سقطت اليد المعيبة أو قطعت ظلما فلا شيء عليه لتعين حقه فى القصاص ، وإنما يصير مالا باختياره فيسقط بفوات محله ؛ ولو قطعت فى قصاص أو سرقة فعليه الأرش لأنه أوفى بها حقا مستحقا عليه فهى سالمة له معنى (وكذلك لو كان رأس الشاجّ أصغر) لأنه تعذّر استيفاء حقه كاملا لأنه إن أخذ بقدر شجته مساحة يتعدّى إلى غير حقه ، لأنه إذا شجّ مابين قرنيه وما بين قرنى الشاج أقلّ مساحة ، فإذا استوفى مقدار شجته وهو إنما يستحق ما بين قرنيه فقد تعدّى إلى غير حقه فيتخير كما قلنا (ولو كان رأس الشاجّ أكبر فالمشجوج إن شاء أخذ بقدر شجته ، وإن شاء أخذ أرشها) لأنه لو أخذ ما بين قرنى الشاجّ يزداد شين الشاجّ بطول الشجة ، وليس له ذلك فيتخير لما مرّ ، وكذلك إذا استوعبت الشجة من جبهته إلى قفاه ، ولا يبلغ قفا الشاجّ يخير كما قلنا . قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل البرء أو خطأ بعده ، أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو عمدا بعد البرء أخذ بالأمرين) والأصل فيه أنه متى أمكن الجمع بين الجراحات تجمع ، لأن القتل غالبا إنما يقع بجراحات متعاقبة ، فلو اعتبرنا كلّ جراحة على حدة أدّى إلى الحرج ، وإذا لم يمكن يعطى كلّ جراحة حكمها وفى هذه المسائل تعذّر الجمع . أما الأوّل فلتغاير الفعلين وتغاير حكمهما ، وكذلك الثالثة وأما الثانية والرابعة فلتخلل البرء بينهما وأنه قاطع للسراية حتى لولم يتخلل بينهما برء يجمع بينهما ، ويكتفى بدية واحدة فى الخطأين ، وكذلك عندهما فى العمدين بأن قطع يده عمدا ، ثم قتله عمدا قبل البرء يجمع بينهما ويقتل ولا يقطع ، لأن الفعل متحد ولم يتخلل البرء فيجمع بينهما كما فى الخطأ . وقال أبو حنيفة : إن شاء الإمام قال لهم : اقطعوه ثم اقتلوه ، وإن شاء قال لهم : اقتلوه ، لأن الجمع متعذّر لأن الواجب القود وهو يعتمد المساواة وذلك بأن يكون القطع بالقطع والقتل بالقتل فتعذّر الجمع ، أو لأن القتل يمنع إضافة السراية إلى القطع ، ألا ترى أنهما لو وجدا من شخصين يجب القصاص على القاتل فصار كما إذا تخلل البرء ، بخلاف ما إذا سرى القطع لأن الفعل واحد ، وبخلاف الخطأين لأن الواجب الدية ولا يعتبر فيها المساواة .

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ غَيْرِهِ فَعَفَا عَنِ القَطْعِ ثُمَّ مَاتَ فَعَلَى القَاطِعِ الدِّيَةُ فِى مَالِهِ ، وَلَوْ عَفَا عَنِ القَطْعِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ فَهُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفْسِ ، وَالشَّجَّةُ كَالقَطْعِ .(سم) . وَإِذَا حَضَرَ أَحَدُ الوَلِيَّيْنِ وَأَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى القَتْلِ ثُمَّ حَضَرَ الآخَرُ فَإِنَّهُ يُعِيدُ (سم) البَيِّنَةَ . رَجُلَانِ أَقَرَّ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالقَتْلِ فَقَالَ الوَلِىُّ : قَتَلْتُمَاهُ فَلَهُ قَتْلُهُمَا ، وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الإِقْرَارِ شَهَادَةٌ فَهُوَ بَاطِلٌ ؛

قال (ومن قطع يد غيره فعفا عن القطع ثم مات فعلى القاطع الدية فى ماله ، ولو عفا عن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن النفس والشجة كالقطع) وقالا : هوعفو عن النفس فى المسألتين جميعا ، لأن العفو عن القطع أو عن الشجة عفو عن موجبه ، وموجبه القطع لو برأ ، والقتل لو سرى ، فكان عفوا عن أيهما تحقق وصار كما إذا عفا عن الجناية ، فانه يتناول الجناية المقتصرة والسارية كذا هذا . ولأبى حنيفة أنه قتل نفسا معصومة عمدا ، فيجب القصاص قياسا ، والعفو وقع عن القطع لاعن القتل ، إلا أنا استحسنا وقلنا تجب الدية فى ماله لوجود صورة العفو ، وذلك يوجب شبهة وهى دارئة للقصاص ، بخلاف العفوعن الجناية لأنه يعمّ اسم جنس ، وبخلاف قوله وما يحدث منه لأنه صريح فى العفو عن القتل ، ثم إن كان خطأ يعتبر عفوه من الثلث لأن موجبه المال وحقّ الورثة متعلق بالمال ، وإن كان عمدا فمن جميع المال ، لأن موجبه القصاص ولم يتعلق به حقّ الورثة لأنه ليس بمال . قال (وإذا حضر أحد الوليين وأقام البينة على القتل ثم حضر الآخر فانه يعيد البينة) وقالا : لاإعادة عليه ولوكان القتل خطأ لايعيدها بالإجماع ، وأجمعوا أن الحاضر لايقتصّ حتى يحضر الغائب لاحتمال العفو . لهما أن القصاص حقّ الميت بدليل صحة عفوه حال حياته بعد الجرح ، ولو انقلب مالا يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ويورث عنه فيقوم الواحد مقام الجميع فى إقامة البينة . ولأبى حنيفة أن القصاص حقّ المقتول من وجه لما قالا ، وحقّ الورثة من وجه ، فإن الوارث لو عفا عن الجارح حال حياة المجروح صحّ عفوه ، ولو لم يكن حقه لما صحّ كابراء الغريم فكان الاحتياط فى الإعادة ، بخلاف الخطأ لأن الواجب المال وهو حقّ المقتول من كل وجه لأنه يصرف فى حوائجه أولا ، وليس مبناه على التغليظ حتى يثبت بشهادة النساء مع الرجال وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك العمد . قال (رجلان أقرّ كلّ واحد منهما بالقتل فقال الولىّ قتلتماه فله قتلهما ، ولو كان مكان الإقرار شهادة فهو باطل) وهو أن يشهد شاهدان أن زيدا قتله وآخران أن عمرا قتله ، فقال الولىّ : قتلاه ، والفرق أنه كذّب الشهود حيث قال قتلاه ، وكذّب المقرّين حيث قال قتلتماه ، وتكذيب الشهود تفسيق لهم ، والفسق يمنع قبول الشهادة ، وتكذيب المقرّ فى بعض ما أقرّ به لايبطل إقراره فى الباقى فافترقا .

وَلَوْ رَمَى مُسْلِمًا فَارْتَدَّ وَالعِيَاذُ بِاللهِ ، ثُمَّ وَقَعَ السَّهْمُ بِهِ فَفِيهِ الدِّيَةُ (سم) ، وَلَوْ كَانَ مُرْتَدًّا فَأَسْلَمَ لاشَيْءَ فِيهِ ؛ وَلَوْ رَمَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ مَوْلاهُ فَفِيهِ القِيمَةُ (م) .

قال (ولو رمى مسلما فارتدّ والعياذ بالله ، ثم وقع السهم به ففيه الدية ، ولو كان مرتدًّا فأسلم لاشيء فيه ؛ ولو رمى عبدا فأعتقه مولاه ففيه القيمة) أما الأولى فمذهبه ، وقالا : لاشيء فيه لأنهما يعتبران حالة الإصابة لأنها حالة التلف الموجبة للعقوبة ، وحالة التلف أسقط عصمة نفسه بالردّة ، فكأنه أبرأ الرامى فصار كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت ، وله أنه صار قاتلا برميه وأنه متقوّم معصوم عند الرمى لوجوده قبل الردّة . وقضيته وجوب القصاص إلا أن باعتبار حالة القتل أورث شبهة لردّته فسقط القصاص فتجب الدية . فأبوحنيفة يعتبر حالة الرمى ، ألا ترى أنه لورمى إلى صيد ثم ارتدّ ثم وقع به السهم حلّ ، وكذا إذا رمى إلى صيد ثم مات ثم أصابه حلّ ويكون له ، ولو كفر بعد الرمى قبل الإصابة أجزأ عنه ، وذلك دليل أن المعتبر حالة الرمى . وأما المسألة الثانية فبالإجماع لأن الرمى ما وقع سببا للضمان لأن المرمى غير متقوّم فلا ينقلب سببا بعد ذلك ، وعلى هذا إذا رمى حربيا فأسلم ثم وقع به السهم لاشيء عليه لما قلناه . وأما المسألة الثالثة فقول أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : يجب فضل مابين قيمته مرميا إلى غير مرمى ، لأن العتق قاطع للسراية فبقى الرمى جناية ينتقص بها قيمة المرمى إليه فيجب النقصان . ولهما ما بينا أن المعتبر حالة الرمى فيصير قاتلا من وقت الرمى وهو مملوك فتجب قيمته ، وهذا بخلاف ما إذا قطع طرف عبد ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد يجب عليه أرش اليد مع النقصان الذى نقصه القطع إلى أن عتق ، ولا يجب عليه قيمة النفس لأنه أتلف بعض المحلّ وأنه يوجب الضمان للمولى ، ولو وجب بعد السراية شيء لوجب للعبد ، فتصير نهاية الجناية مخالفة لابتدائها ، وهنا الرمى قبل الإصابة لايجب به الضمان لأنه ليس باتلاف وإنما تقلّ به الرغبات فلا تختلف نهايته وبدايته .

كتاب الديات

الدِّيَةُ المُغَلَّظَةُ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتُ مَخَاضٍ وَمِثْلُهَا بِنْتُ لَبُونٍ وَحِقَاقٌ وَجِذَاعٌ (م) .

كتاب الديات

الدية ما يؤدّى ، ولما كان القتل يوجب ما لا يدفع إلى الأولياء سمى دية ، وإنما خصّ بما يؤدّى بدل النفس دون غيرها من المتلفات ، لأن الاسم يشتقّ للتعريف بالتخصيص ولا يطردونه ، ووجوب الدية فى القتل لحكمة بالغة ، وهى صون بنيان الآدمىّ عن الهدم ودمه عن الهدر ، وجبت بالكتاب والسنة ، وهو قوله تعالى ـ ودية مسلمة إلى أهله ـ وقوله عليه الصلاة والسلام « فى النفس المؤمنة مائة من الإبل » أى تجب بسبب قتل النفس المؤمنة مائة من الإبل .

قال (الدية المغلظة خمس وعشرون بنت مخاض ومثلها بنت لبون وحقاق وجذاع) وقال محمد : ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون مابين ثنية إلى بازل عام كلها خلفات فى بطونها أولادها (١) لما روى عن النبىّ عليه الصلاة والسلام أنه قال فى حجة الوداع « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل منها أربعون فى بطونها أولادها » ودية شبه العمد أغلظ فتجب كما قلنا (٢) . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « فى النفس مائة من الإبل » وروى الزهرى أن الدية كانت على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام أرباعا ، ومعلوم أنه لايراد به الخطأ ، فبقى المراد شبه العمد ، ولو أوجبنا الحوامل وجب الزيادة على المائة . وعن ابن مسعود رضى الله عنه أن التغليظ أرباع كما قلنا ولا يعرف ذلك إلا سماعا فكان معارضا لما روى ، ولأن الصحابة اختلفوا فى صفة التغليظ ، ولو كان ما رويناه ثابتا لارتفع خصوصا وقد ورد على زعمكم فى حجة الوداع مع تكاثر المسلمين فكان يشتهر ، ولو اشتهر لاحتجّ به البعض على البعض ، ولو احتجّ لارتفع الخلاف ، ولما لم يرتفع دلّ على عدم ثبوته ولأنه لايجوز إيجاب الحامل فانه لايعلم الحمل حقيقة فيكون

---

(١) قوله بين ثنية الخ . الثنى من الإبل : ما استكمل السنة الخامسة ودخل فى السادسة . والبازل من الإبل : مادخل فى السنة التاسعة ، وقوله : فى بطونها أولادها تفسير لقوله خلفات .

(٢) قوله فتجب كما قلنا ، صريح فى أنها لاتجب إلا من الإبل أرباعا وإلا فلا فائدة فى التغليظ ولا فى تعيين الموجب فيه تأمل .

وَغَيْرُ الْمُغَلَّظَةِ عِشْرُونَ ابْنُ مَخَاضٍ وَمِثْلُهَا بَنَاتُ مَخَاضٍ وَبَنَاتُ لَبُونٍ وَحِقَاقٌ وَجِذَاعٌ ، أَوْ أَلْفُ دِينَارٍ أَوْ عَشَرَةُ آلافِ دِرْهَمٍ ؛ وَلَا تَجِبُ الدِّيَةُ مِنْ شَيْءٍ آخَرَ (سم) ؛ وَدِيَةُ الْمَرْأَةِ نِصْفُ ذَلِكَ ، وَلَا تَغْلِيظَ إِلَّا فِي الإِبِلِ ؛ وَدِيَةُ الْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ سَوَاءٌ .

تكليف ماليس فى الوسع . قال (وغير المغلظة عشرون ابن مخاض ومثلها بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع) فهى أخماس من كل صنف عشرون هكذا قاله ابن مسعود. وروى أن النبىّ عليه الصلاة والسلام قضى فى قتيل قتل خطأ بمائة من الإبل أخماسا كما قلنا ، ولأن الخطأ أخفّ فناسب التخفيف فى موجبه وذلك بما ذكرنا . قال (أو ألف دينار ، أو عشرة آلاف درهم) كل عشرة وزن سبعة مثاقيل لما روى مرّار بن حارثة قال : « قطعت يد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى على القاطع بخمسة آلاف درهم » . وعن عمر رضى الله عنه أنه قضى فى الدية بعشرة آلاف درهم ومن الدنانير بألف دينار . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام قضى فى قتيل بعشرة آلاف درهم » وما روى أنه قضى باثنى عشر ألف . قال محمد بن الحسن : كان وزن ستة فيحمل عليه توفيقا (ولا تجب الدية من شيء آخر) وقالا : تجب من البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان إزار ورداء ، لما روى عبيدة السلمانى أن عمر رضى الله عنه قضى فى الدية بعشرة آلاف درهم ، ومن الدنانير بألف دينار ، ومن الإبل بمائة ، ومن البقر بمائتى بقرة ، ومن الغنم بألفى شاة ، ومن الحلل بمائتى حلة ، ومراده أنه قدّر الدية بهذه المقادير ، لأن القضاء لم يقع فى وقت واحد بجميع هذه الأجناس . ولأبى حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام « فى النفس مائة من الإبل » وقضيته أن لايجب ما سواها إلا ما دلّ الدليل عليه ، وإنما دلّ على الذهب والفضة هو ما تقدّم من قضائه عليه الصلاة والسلام . ومن أصحابنا من روى عن أبى حنيفة مثل قولهما ، فانه قال : إذا صالح الولىّ على أكثر من مائتى بقرة أو مائتى حلة لم يجز ، وهذا آية التقدير . قال (ودية المرأة نصف ذلك) هكذا روى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم . وعن عمر وعلىّ وابن مسعود وزيد بن ثابت كذلك أيضا ولأنها فى الميراث ، والشهادة على النصف من الرجل فكذلك الدية . قال (ولا تغليظ إلا فى الإبل) لأنه لم يرد النصّ بالتغليظ إلا فيها ولا يعرف ذلك إلا نصا . قال (ودية المسلم والذمى سواء) لقوله عليه الصلاة والسلام « دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار » وقال الزهرى : قضى أبو بكر وعمر وعلىّ رضى الله عنهم فى دية الذمى بمثل دية المسلم ، وقال عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوها فأعلمهم أن لهم ماللمسلمين وعليهم ما على المسلمين » وللمسلمين إذا قتل قتيلهم ألف دينار فيكون لهم كذلك ، وكذلك دية المستأمن لما روى

وَفِي النَّفْسِ الدِّيَةُ ، وَكَذَلِكَ فِي الأَنْفِ وَالذَّكَرِ وَالحَشَفَةِ وَالعَقْلِ وَالشَّمِّ وَالذَّوْقِ وَالسَّمْعِ وَالبَصَرِ وَاللِّسَانِ ، وَبَعْضِهِ إِذَا مُنِعَ الكَلَامُ ، وَالصُّلْبُ إِذَا مُنِعَ الجِمَاعُ ، أَوِ انْقَطَعَ مَاؤُهُ أَوِ احْدَوْدَبَ ، وَكَذَا إِذَا أَفْضَاهَا فَلَمْ تَسْتَمْسِكِ البَوْلَ ؛

ابن عباس أن مستأمنين جاءا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكساهما وحملهما وخرجا من عنده ، فلقيهما عمرو بن أمية الضمرى فقتلهما ولم يعلم بأمانهما ، فوداهما رسول الله عليه الصلاة والسلام بديتي حرّين مسلمين .

فصل

(وفى النفس الدية) لما روينا ، والمراد نفس الحرّ ويستوى فيه الصغير والكبير والوضيع والشريف والمسلم والذمى لاستوائهم فى الحرمة والعصمة وكمال الأحوال فى الأحكام الدنيوية قال (وكذلك فى الأنف والذكر والحشفة والعقل والشمّ والذوق والسمع والبصر واللسان ، وبعضه إذا منع الكلام ، والصلب إذا منع الجماع ، أو انقطع ماؤه ، أو احدودب ، وكذا إذا أفضاها فلم تستمسك البول) والأصل فى ذلك أنه متى أزال الجمال على وجه الكمال أو أذهب جنس المنفعة أصلا تجب الدية كاملة ، لأن تفويت جنس المنفعة إتلاف للنفس معنى فى حقّ تلك المنفعة ، لأن قيام النفس معنى بقيام منافعها ، فكان تفويت جنس المنفعة كتفويت الحياة ، والجمال مقصود فى الحيوانات كالمنفعة ، ولهذا تزداد قيمة المملوك بالجمال ، وتفويت جنس المنفعة إنما أوجب الدية تشريفا وتكريما للآدمى وشرفه بالجمال كشرفه بالمنافع فيتعلق به كمال الدية ، ويؤيد ذلك ما روى سعيد بن المسيب أن النبىّ عليه الصلاة والسلام قال « فى النفس الدية ، وفى اللسان الدية ، وفى الذكر الدية ، وفى الأنف الدية ، وفى المارن الدية » وهكذا كتب عليه الصلاة والسلام لعمرو بن حزم ، إذا ثبت هذا فنقول : إذا قطع الأنف أزال الجمال على الكمال ، وكذا المارن والأرنبة والكلّ عضو واحد ، فلا يجب بقطع الكل إلا دية واحدة ؛ وفى قطع الذكر تفويت منفعة الوطء واستمساك البول ورمى الماء ودفقه والإيلاج الذى هو طريق العلوق عادة . وأما الحشفة فهى الأصل فى منفعة الإيلاج والدفق والقصبة تبع له . وأما العقل فنفعته أعظم الأشياء وبه ينتفع لدنياه وآخرته ، ومنافعه أعظم من أن تحصى ، والشمّ والذوق والسمع والبصر منافع مقصودة ، وعمر رضى الله عنه قضى فى ضربة واحدة بأربع ديات حيث ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر ، وفى قطع اللسان إزالة منفعة مقصودة وهى منفعة النطق ، وكذلك إذا زالت بقطع البعض لوجود الموجب . ولو عجز عن النطق ببعض الحروف ، فان عجز عن الأكثر تجب كل الدية لأنه فات منفعة الكلام ، وإن قدر على أكثرها فحكومة عدل

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَأً ثُمَّ قَتَلَهُ قَبْلَ الْبُرْءِ خَطَأً فَفِيه دِيَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَمَا فِى الْبَدَنِ اثْنَانِ فَفِيهِما الدِّيَةُ وَفِى أَحَدِهِما نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَمَا فِيهِ أَرْبَعَةٌ فَفِى أَحَدِها رُبْعُ الدِّيَةِ ، وَفِى كُلِّ أُصْبُعٍ عُشْرُ الدِّيَةِ . وَتُقْسَمُ عَلَى مَفَاصِلِها ،

لحصول الإفهام لكن مع خلل ؛ والجماع منفعة مقصودة يتعلق به مصالح جمة ، فإذا فات وجب به دية كاملة ، وبانقطاع الماء يفوت جنس المنفعة ، وبالحدبة يزول الجمال على وجه الكمال ، فلو زالت الحدبة لايجب شيء لزوال الموجب ؛ واستمساك البول منفعة مقصودة فتجب الدية بزوالها . قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء خطأ ففيه دية واحدة) لاتحاد الجنس وقد تقدم . قال (وما فى البدن اثنان ففيهما الدية وفى أحدهما نصف الدية) وهى الأذنان والعينان إذا ذهب نورهما سواء ذهبت الشحمة أو بقيت ، لأن المنفعة بالنور لابالشحمة ، واللحيان والشفتان والحاجبان واليدان والرجلان وسمع الأذنين وثديا المرأة وحلمتاها ، لأن اللبن لايستمسك دونهما ، وبفواتهما تفوت منفعة الإرضاع ، والأنثيان والأليتان إذا استوصل لحمهما حتى لايبقى على الورك لحم ، والأصل فيه ما روى سعيد بن المسيب أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « فى العينين الدية ، وفى الأذنين الدية ، وفى اليدين الدية ، وفى الرجلين الدية ، وفى البيضتين الدية ، وفى الشفتين الدية » وفى كتاب عمرو بن حزم « وفى العينين الدية ، وفى أحدهما نصف الدية » ولأن المنفعة تفوت بفواتهما أو الجمال كاملا ، وبفوات أحدهما يفوت النصف . وإذا قطع الأنثيين مع الذكر ، أو قطع الذكر أولا ثم الأنثيين ففيهما ديتان ، لأن منفعة الأنثيين بعد قطع الذكر قائمة وهى إمساك المنى والبول ، فان قطع الأنثيين ثم الذكر فنى الأنثيين الدية ، وفى الذكر حكومة عدل ، لأن بقطع الأنثيين صار خصيا ، وفى ذكر الخصى حكومة ولأنه اختلت منفعته بقطع الأنثيين وهى منفعة الإيلاد فصار كاليد الشلاء . قال (وما فيه أربعة فنى أحدها ربع الدية) وهى أشفار العينين وأهدابها ، لأنه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة ، وهو دفع القذى عن العين ، فإن قطع الأشفار وحدها وليس فيها أهداب ففيها الدية وفى أحدها ربع الدية ، وكذلك الأهداب ، وإن قطعها معا فدية واحدة لأنها كعضو واحد كالمارن مع الأنف . قال (وفى كل أصبع عشر الدية) يعنى من أصابع اليدين والرجلين . قال عليه الصلاة والسلام « فى كل أصبع عشر من الإبل » والأصابع كلها سواء ، وفى قطع الكل تفويت جنس المنفعة فتجب دية كاملة وهى عشر فيقسم عليها (وتقسم) دية الأصبع (على مفاصلها) فما فيها مفصلان فنى أحدهما نصف ديتها ، وما فيها ثلاث مفاصل فنى أحدها ثلثها اعتبارا بانقسام دية اليد على أصابعها .

وَالكَفّ تَبَع لِلأَصَابِع ، وفي كُلّ سِنّ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَة ، فإنْ قَلَعَهَا فَنَبَتَتْ أُخْرَى مَكَانَهَا سَقَطَ الأَرْشُ ، وفي شَعْرِ الرأسِ إذَا حُلِقَ فَلَمْ يَنْبُتِ الدِّيَةُ ، وكَذَلِكَ اللِّحْيَةُ وَالحاجبان وَالأَهْدَابُ ، وفي اليَدِ إذَا شُلَّتْ ، وَالعَيْنِ إذا ذَهَبَ ضَوْؤُهَا الدِّيَةُ ؛ وفي الشَّارِبِ ، ولِحْيَةِ الكَوْسَجِ ، وثَدْيِ الرَّجُلِ ، وَذَكَرُ الخَصِيّ وَالعِنِّين ، وَلِسانِ الأَخْرَسِ ،

قال (والكف تبع للأصابع) لأن منفعة البطش بالأصابع والدية وجبت بتفويت المنفعة . قال (وفي كل سنّ نصف عشر الدية) قال عليه الصلاة والسلام « وفي كل سنّ خمس من الإبل » والأسنان كلها سواء الثنايا والأنياب والأضراس لإطلاق الحديث ، واسم السنّ يتناول الكلّ فيجب في الأسنان دية وثلاثة أخماس دية ، لأن الأسنان اثنان وثلاثون سنا عشرون ضرسا و ربعة أنياب وأربع ضواحك وأربع ثنايا . وأسنان الكوسج قالوا ثمانية وعشرون فيجب دية وخمسا دية ، وهذا غير جار على قياس الأعضاء إلاأن المرجع فيها إلى النصّ . قال (فإن قلعها فنبتت أخرى مكانها سقط الأرش) لزوال سببه ، ولو أعاد المقلوعة إلى مكانها فنبتت فعليه الأرش وكذلك الأذن لأنها لاتعود إلى الحالة الأولى في المنفعة والجمال ، والمقلوع لاينبت ثانيا لأنه لايلتزق بالعروق والعصب فكان وجود هذا النبات وعدمه سواء حتى لو قلعه إنسان لاشيء عليه ؛ ولو اسودّت السنّ من الضربة أو احمرّت أو اخضرت ففيها الأرش كاملا لأنها تبطل منفعتها إذا اسودّت فانها تتناثر ويفوت بذلك الجمال كاملا ، ولو اصفرت فعن أبي حنيفة حكومة عدل لأن الصفرة لاتذهب منفعتها بل توجب نقصانها فتجب الحكومة ؛ ولو ضرب سنا فتحرّك ينتظر به حولا لاحتمال أنها تشتدّ ، وإن سقط أو حدث فيه صفة مما ذكرنا وجب فيها ما قلنا ، لأن الجنايات تعتبر فيها حال الاستقرار ، قال عليه الصلاة والسلام « يستأنّ بالجراح حتى يبرأ » ولأنها إذا لم تستقرّ لايعلم الواجب فلا يجوز القضاء . قال (وفي شعر الرأس إذا حلق فلم ينبت الدية ، وكذلك اللحية والحاجبان والأهداب) أما الحاجبان والأهداب فلما مرّ ، وأما اللحية فلأن فيها جمالا كاملا لقوله عليه الصلاة والسلام « إن ملائكة سماء الدنيا تقول : سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب » وعن عليّ رضي الله عنه : أنه أوجب في شعر الرأس إذا حلق فلم ينبت دية كاملة ، وكذلك قال في اللحية . وكان أبو جعفر الهندواني يقول في اللحية : إنما تجب الدية إذا كانت كاملة يتجمل بها ، أما إذا كانت طاقات متفرّقة لايتجمل بها فلا شيء فيها ، وإن كانت غير متفرّقة لايتجمل بها وليست مما تشين ففيها حكومة عدل . قال (وفي اليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوؤها الدية) لأنها إذا عدمت المنفعة فقد عدمت معنى فتجب الدية على مابينا . قال (وفي الشارب ولحية الكوسج وثدي الرجل وذكر الخصيّ والعنين ولسان الأخرس

وَاليَدِ الشَّلاءِ ، وَالعَيْنِ العَوْرَاءِ ، وَالرِّجْلِ العَرْجاءِ ، وَالسِّنِّ السَّوْدَاءِ والأصْبَعِ الزَّائِدَةِ ، وَعَيْنِ الصَّبِيِّ وَلِسانِهِ وَذَكَرِهِ إِذَا لَمْ تُعْلَمْ صِحَّتُهُ حُكُومَةُ عَدْلٍ ، وَإِذَا قُطِعَ اليَدُ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ فَفِي الكَفِّ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وفِي الزَّائِدِ حُكُومَةُ عَدْلٍ ، وَمَنْ قَطَعَ أُصْبُعاً فَشَلَّتْ أُخْرَى ، أوْقَطَعَ يَدَهُ اليُمْنَى فَشَلَّتِ اليُسْرَى فَلا قِصَاصَ (سم) ،

والبد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسنّ السوداء والأصبع الزائدة وعين الصبيّ ولسانه وذكره إذا لم تعلم صحته حكومة عدل) أما الشارب فهو تبع للحية ، وقد قيل السنة فيها الحلق فلم يكن جمالا كاملا ، ولحية الكوسج ليست جمالا كاملا ، وكل ما يجب في الشعر إنما يجب إذا فسد المنبت ، أما إذا عاد فنبت كما كان لايجب شيء لعدم الموجب ، وثدى الرجل لامنفعة فيه ولا جمال ، وذكر الخصى والعنين واليد الشلاء ولسان الأخرس والعين العوراء والرجل العرجاء لعدم فوات المنفعة ، ولا جمال فى السنّ السوداء ولا منفعة فى الأصبع الزائدة ، وإنما وجبت حكومة عدل تشريفا للآدمى لأنه جزء منه ، وأعضاء الصبىّ إذا لم تعلم صحتها وسلامة منفعتها لاتجب الدية بالشكّ والسلامة وإن كانت ظاهرة فالظاهر لايصلح حجة للإلزام ، واستهلال الصبىّ ليس بكلام بل مجرّد صوت وصحة اللسان تعرف بالكلام ، والذكر بالحركة ، والعين بما يستدلّ به على النظر ، فاذا عرف صحة ذلك فهو كالبالغ فى العمد والخطأ ؛ وفى شعر بدن الإنسان حكومة لأنه لامنفعة فيه ولا جمال فانه لايظهر ، ولو ضرب الأذن فيبست فيها حكومة ، وفى قلع الأظفار فلم تنبت حكومة لأنه لم يرد فيها أرش مقدّر . قال (وإذا قطع اليد من نصف الساعد ففى الكف نصف الدية) لما تقدّم (وفى الزائد حكومة عدل) لأنه لامنفعة فيه ولا جمال ، وكذلك إن قطعها من المرفق لما بينا . قال (ومن قطع أصبعا فشلت أخرى ، أو قطع يده اليمنى فشلت اليسرى فلا قصاص) وقالا : عليه القصاص فى الأولى والأرش فى الثانية ، وعلى هذا الخلاف إذا شجه موضحة فذهب سمعه أو بصره ؛ وأجمعوا لو شجه موضحة فصارت منقلة ، أو كسر سنه فاسودّ الباقى ، أوقطع الكفّ فشلّ الساعد ، أو قطع إصبعافشل الكف ، أوقطع مفصلا من الأصبع، فشلّ باقيها لاقصاص عليه وعليه أرش الكلّ . لهما فى الخلافيات أنه تعدّد محلّ الجناية فلم يلزم من سقوط القصاص فى أحدهما سقوطه فى الآخر ، كما إذا جنى على عضو عمدا وعلى آخر خطأ . ولأبى حنيفة أن جنايته وقعت سارية بفعل واحد، والمحلّ متحد من حيث الاتصال فتعذّر القصاص لأن القصاص ينبئ عن المماثلة وليس فى وسعه القطع بصفة السراية ، وإذا تعذّر القصاص وجب المال كما فى مواضع الإجماع ، بخلاف ماقاسا عليه لأن أحدهما ليس بسراية للآخر ؛ ولو قطع كفا فيها أصبع أو أصبعان فعليه أرش الأصابع ولاشىء فى الكفّ

وَعَمْدُ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ خَطأٌ .

فصــــل

الشِّجاجُ عَشَرَةٌ : الحَارِصَةُ ، وَهِيَ الَّتِي تَحْرُصُ الجِلْدَ . ثُمَّ الدَّامِعَةُ الَّتِي تُخْرِجَ ما يُشْبِهُ الدَّمْعَ . ثُمَّ الدَّامِيَةُ الَّتِي تُخْرِجُ الدَّمَ . ثُمَّ الباضِعَةُ الَّتِي تَبْضَعُ اللَّحْمَ . ثُمَّ المُتَلاحِمَةُ الَّتِي تَأْخُذُ فى اللَّحْمِ . ثُمَّ السِّمْحاقُ ، وَهُوَ جِلْدَةٌ فَوْقَ العَظْمِ تَصِلُ إِلَيْها الشَّجَّةُ . ثُمَّ المُوضِحَةُ الَّتِي تُوضِحُ العَظْمَ ثُمَّ الهاشِمَةُ الَّتِي تَهْشِمُ العَظْمَ . ثُمَّ المُنَقِّلَةُ الَّتِي تَنْقُلُ العَظْمَ بَعْدَ الكَسْرِ ثُمَّ الآمَّةُ الَّتِي تَصِلُ إِلى أُمِّ الدِّماغِ .

وقالا : ينظر إلى أرش الأصبع والأصبعين وإلى حكومة العدل فى الكفّ ؛ فيدخل الأقلّ فى الأكثر لأنهما جنايتان بفعل واحد فى محلّ واحد فلا يجب الأرشان ، ولا سبيل إلى إهدار أحدهما فرجحنا بالأكثر كالموضحة إذا أسقطت بعض شعر الرأس . وله أن الأصابع أصل والكف تبع ، لأن البطش يقوم بها ، ولأن قطع الأصابع يوجب الدية كاملة ، ولا كذلك قطع الكف ، والأصل وإن قلّ يستتبع التبع ، بخلاف ما ذكر لأن أحدهما ليس تبعا للآخر ؛ ولو قطع الكف وفيه ثلاث أصابع وجب أرش الأصابع بالإجماع لأن الأصابع هى الأصل لما بينا ، وللأكثر حكم الكلّ . قال (وعمد الصبىّ والمجنون خطأ) لقوله عليه الصلاة والسلام « عمد الصبىّ خطأ » وروى أن مجنونا قتل رجلا بسيف فقضى علىّ رضى الله عنه بالدية على عاقلته من غير نكير ، ولأن القصاص عقوبة ولا يستحقان العقوبة بفعلهما كالحدود ؛ وكذا من أحكام العمد المنأثم ولا إثم عليهما .

فصــــل

(الشجاج عشرة : الخارصة وهى التى تخرص الجلد) أى تشقه أو تخدشه ولا يخرج الدم (ثم الدامعة التى تخرج ما يشبه الدمع) وقيل التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع فى العين (ثم الدامية التى تخرج الدم) وتسيله (ثم الباضعة التى تبضع اللحم) أى تقطعه ، وقيل تقطع الجلد (ثم المتلاحمة التى تأخذ فى اللحم) وعلى الوجه الأول تأخذ فى اللحم أكثر من الباضعة (ثم السمحاق ، وهو جلدة فوق العظم تصل إليها الشجة ، ثم الموضحة التى توضح العظم) أى تكشفه (ثم الهاشمة التى تهشم العظم) أى تكسره (ثم المنقلة التى تنقل العظم بعد الكسر ، ثم الآمة التى تصل إلى أمّ الدماغ) وهى جلدة تحت العظم فيها الدماغ ، قالوا ثم الدامغة ، وهى التى تخرق الجلد وتصل إلى أمّ الدماغ ولم يذكرها محمد إذ لافائدة فى ذكرها فإنه لايعيش

فَفِي المُوضِحَةِ القِصَاصُ إنْ كانَتْ عَمْداً ، وفي الَّتِي قَبْلَها حُكُومَةُ عَدْلٍ ، وفي المَوضِحَةِ الخَطأ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ ؛ وفي الهَاشِمَةِ العُشْرُ ؛ وفي المُنَقِّلَةِ عَشْر وَنِصْفٌ ؛ وفي الآمَّةِ الثلثُ ، وكَذا الجائِفَةُ ، فاذَا نَفَذَتْ فَثُلُثَان ، وَالشجاجُ يَخْتَص بالوَجْهِ وَالرأسِ والجائِفَةُ بالجَوْفِ وَالجَنْبِ وَالظَّهرِ ، وَما سِوَى ذلكَ جِراحاتٌ فيها حُكُومَةُ عَدْلٍ ؛ وَحُكُومَةُ العَدْلِ أنْ يُقَوَّمَ المَجْرُوحُ عَبْداً سالِما وَسَلِيماً فَما نَقَصَتِ الجِراحَةُ مِنَ القِيمَةِ يُعْتَبرُ مِنَ الدِّيَةِ ،

معها وليس لها حكم ، ولم يذكر الخارصة والدامعة لأنها لايبقى لها أثر غالبا ، والشجة التي لاأثر لها لاحكم لها . قال (ففي الموضحة القصاص إنْ كانت عمدا) لقوله تعالى - والجروح قصاص - وأنه ممكن فيها لأنه يمكن أن ينهى السكين إلى العظم فتتحقق المساواة ، وقد قضى عليه الصلاة والسلام بالقصاص في الموضحة . قال (وفي التي قبلها حكومة عدل) لأنه ليس فيها أرش مقدّر ولا يمكن إهدارها فتجب الحكومة . قال عمر بن عبد العزيز : ما دون الموضحة خدوش فيها حكومة عدل . وعن محمد في الأصل : فيما قبل الموضحة القصاص دون ما بعدها لأنه يمكن اعتبار المساواة فيما قبلها بمعرفة قدر الجراحة بمسبار ثم تؤخذ حديدة على قدرها وينفذ في اللحم إلى آخرها فيستوفى مثل ما فعل لقوله تعالى - والجروح قصاص - ولا يمكن ذلك فيما بعدها ، لأن كسر العظم وتنقله لاتمكن المساواة فيه . قال (وفي الموضحة الخطأ نصف عشر الدية ، وفي الهاشمة العشر ، وفي المنقلة عشر ونصف ، وفي الآمّة الثلث ، وكذا الجائفة ، فاذا نفذت فثلثان) لما روى عمرو بن حزم أن النبيّ عليه الصلاة والسلام كتب له « وفي الموضحة خمس من الإبل ، وفي الهاشمة عشر ، وفي المنقلة خمسة عشر ، وفي الآمة ثلث الدية » وقال عليه الصلاة والسلام « في الجائفة ثلث الدية » وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت بثلثي الدية ، لأنها إذا نفذت فهي جائفتان . قال (والشجاج يختصّ بالوجه والرأس) لغة كالخدّين والذقن واللحيين والجبهة (والجائفة بالجوف والجنب والظهر وما سوى ذلك جراحات فيها حكومة عدل) لأنها غير مقدّرة ولا مهدرة فتجب حكومة عدل . قال (وحكومة العدل أن يقوم المجروح عبدا سالما وسليما) أي صحيحا وجريحا (فما نقصت الجراحة من القيمة يعتبر من الدية) فإن نقصت عشر القيمة تجب عشر الدية وعلى هذا ، وأراد بالسليم الجريح ، وإن كان موضوعا للديغ استعارة لأنه في معناه ، وهذا عند الطحاوي لأن الحرّ لايمكن تقويمه والقيمة للعبد كالدية للحرّ ، فما أوجبت نقصا في أحدهما اعتبر بالآخر . وقال الكرخي : يؤخذ مقداره من الشجة التي لها أرش مقدّر بالحزر فينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة

وَمَنْ شَجَّ رَجُلاً فَذَهَبَ عَقْلُهُ أَوْ شَعْرُ رأسِهِ دَخَلَ فِيهِ أَرْشُ المُوضِحَةِ ؛ وَإِنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ كَلامُهُ لَمْ تَدْخُلْ ، وَيَجِبُ أَرْشُ المُوضِحَةِ مَعَ ذلكَ وَلا يُقْتَصُّ مِنَ المُوضِحَةِ وَالطَّرَفِ حَتَّى تَبْرأ ، وَلَوْ شَجَّهُ فالتَحَمَتْ وَنَبَتَ الشَّعْرُ سَقَطَ (س) الأَرْشُ .

فيجب بقدره من نصف عشر الدية قال (ومن شجّ رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل فيه أرش الموضحة) لأن العقل إذا فات فات منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا شجه فمات ؛ وأما الشعر فلأن أرش الموضحة يجب لفوات بعض الشعر حتّى لو نبتت سقط الأرش ، والدية تجب بفوات جميع الشعر ، وقد تعلقا بفعل واحد فيدخل الجزء فى الكل كما لو قطع أصبعه فشلت يده . قال (وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لم تدخل ، ويجب أرش الموضحة مع ذلك) لما روينا عن عمر رضى الله عنه أنه قضى فى ضربة واحدة بأربع ديات ولأن منفعة كل عضو من هذه الأعضاء مختصة به لا تتعدّى إلى غيره فأشبه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل فان منفعته تتعدّى إلى جميع الأعضاء . وعن أبى يوسف أن الشجة تدخل فى دية السمع والكلام دون البصر، لأن السمع والكلام أمر باطن فاعتبره بالعقل؛ أما البصر أمر ظاهر فلا يلتحق به . وطريق معرفة ذهاب هذه الأشياء وبقائها اعتراف الجانى أو تصديقه للمجنى عليه أو بنكوله عن اليمين كما فى سائر الحقوق ويعرف البصر بأن ينظره عدلان من الأطباء لأنه ظاهر يعرف ؛ ومن أصحابنا من قال : يستعلم البصر بأن يجعل بين يديه حية يختبر حاله بها . وأما السمع فيستغفل المدعى ذهاب سمعه كما روى أن رجلا ضرب امرأة فادّعت ذهاب سمعها ، فاحتكما إلى القاضى إسماعيل بن حماد بن أبى حنيفة فتشاغل عنها ثم التفت إليها فقال : غطى عورتك فجمعت ذيلها فعلم أنها كاذبة . وأما الكلام فيعرف بأن يستغفل حتى يسمع كلامه أولا . وأما الشم فيختبر بالرائحة الكريهة فان جمع منها وجهه علم أنه كاذب . قال (ولا يقتصّ من الموضحة والطرف حتى تبرأ) لما روى أن رجلا جرح حسان بن ثابت فجاء الأنصار إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام فطلبوا القصاص فقال : « انتظروا مايكون من صاحبكم » فأما الجراحة الخطأ فلا شبهة فيها لأنها إن اقتصرت فظاهر وإن سرت فقد أخذ بعض الدية فيأخذ الباقى . قال (ولو شجه فالتحمت ونبت الشعر سقط الأرش) لزوال الموجب وهو الشين . وقال أبو يوسف : عليه أرش الألم ، لأن الشين وإن زال فالألم الحاصل ما زال فيقوّم الألم . وقال محمد : عليه أجرة الطبيب لأنه لزمه بسبب فعله فكأنه أخذه من ماله .

وَمَنْ ضَرَبَ بَطْنَ امْرأةٍ فألْقَتْ جَنِينا مَيِّتا فَفِيهِ غُرَّةٌ خَمْسُونَ دِينارًا عَلَى العاقِلَةِ ذَكَرًا كانَ أوْ أُنْثَى ، وَإنْ ألْقَتْهُ حَيًّا ثُمَّ ماتَ فَفِيهِ الدِّيَةُ عَلَى العاقِلَةِ وَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ ؛ وَإنْ ألْقَتْهُ مَيِّتا ثُمَّ ماتَتْ فَفِيهِ دِيَتُها وَالغُرَّةُ ، وَإنْ ماتَتْ ثُمَّ ألْقَتْهُ مَيِّتا فَفِيها الدِّيَةُ وَلا شَيْءَ فِيهِ ، وَإنْ ماتَتْ ثُمَّ خَرَجَ حَيًّا ثُمَّ ماتَ فَدِيَتانِ ، فإنْ ألْقَتْ جَنِينَيْنِ مَيِّتَيْنِ فَفِيهِما غُرَّتانِ ، فإنْ ألْقَتْ أحَدَهُما مَيِّتًا وَالآخَرَ حَيًّا ثُمَّ ماتَ فَفِي المَيِّتِ الغُرَّةُ وَفِي الحَيِّ دِيَةٌ كامِلَةٌ ، وتجِبُ الغُرَّةُ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَإنِ اسْتَبانَ بَعْضُ خَلْقِهِ وَلَمْ يَتِمَّ فَفِيهِ الغُرَّةُ

فصل

(ومن ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرّة خمسون دينارا على العاقلة ذكرا كان أو أنثى) والقياس أن لايجب فيه شيء لأنه لايعلم حياته ، والظاهر لايصلح للإلزام إلا أنا تركنا القياس ، لما روى « أن امرأة ضربت بطن ضرّتها بعمود فسطاط فألقت جنينا ميتا . فاختصما إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام فحكم على عاقلة الضاربة بالغرّة عبدا أو أمه أو قيمتها خمسمائة » وفي رواية « أو خمسمائة » ولم يستفسر ذكرا كان أو أنثى ، ولأنه يتعذّر التمييز بين الذكر والأنثى في الجنين فيسقط اعتباره دفعا للحرج ، وفي رواية « فألقت جنينا ميتا وماتت ، فقضى النبيّ عليه الصلاة والسلام على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين» رواه المغيرة وقال : فقام عمّ الجنين فقال : إنه قد أشعر ، وقام والد الضاربة ، وفي رواية أخوها عمران بن عويمر الأسلمي فقال : كيف ندى من لاأكل ولا شرب ولا صاح ولا استهلّ ودم مثل ذلك يطلّ ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : « أسجع كسجع الكهان فيه غرّة عبد أو أمة » وكذلك رواه محمد بن مسلمة . قال (وإن ألقته حيا ثم مات ففيه الدية على العاقلة وعليه الكفارة) لأنه صار قاتلا (وإن ألقته ميتا ثم ماتت ففيه ديتها والغرّة) لما روينا (وإن ماتت ثم ألقته ميتا ففيها الدية ولا شيء فيه) لأن موتها سبب لموته لأنه يختنق بموتها فانه إنما يتنفس بنفسها واحتمل موته بالضربة فلا تجب الغرّة بالشكّ (وإن ماتت ثم خرج حيا ثم مات فديتان) لأنه قتل نفسين (فان ألقت جنينين ميتين ففيهما غرّتان) لأنه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بغرّة فيكون في الجنينين غرّتان ، ولأن من أتلف شخصين بضربة واحدة ضمن كل واحد منهما كالكبيرين (فان ألقت أحدهما ميتا والآخر حيا ثم مات ففي الميت الغرّة وفي الحيّ دية كاملة) اعتبارا لهما بحالة الانفراد (وتجب الغرّة في سنة واحدة) هكذا روى عن النبيّ عليه الصلاة والسلام (وإن استبان بعض خلقه ولم يتمّ ففيه الغرّة) لأنا نعلم أنه ولد فكان كالكامل ، والنبيّ عليه الصلاه والسلام قضى في الجنين بالغرة

وَلاَ كَفَّارَةَ فِى الجَنِينِ ، وَمَا يَجِبُ فِيهِ مَوْرُوثٌ عَنْهُ ، وَفِى جَنِينِ الأَمَةِ نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا إِنْ كَانَ ذَكَرًا ، وَعُشْرُ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ أُنْثَى .

فصــــل

وَمَنْ أَخْرَجَ إِلَى طَرِيقِ العَامَّةِ رَوْشَنًا أَوْ مِيزَابًا أَوْ كَنِيفًا أَوْ دُكَّانًا فَلِرَجُلٍ مِنْ عُرْضِ النَّاسِ أَنْ يَنْتَزِعَهُ ، فَإِنْ سَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَطِبَ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، وَإِنْ أَصَابَهُ طَرَفُ المِيزَابِ الَّذِى فِى الحَائِطِ فَلاَ ضَمَانَ فِيهِ ، وَإِنْ أَصَابَهُ الطَّرَفُ الخَارِجُ ضَمِنَ ،

ولم يفصل ولم يسأل . قال (ولا كفارة فى الجنين) لأن القتل غير متحقق لجواز أن لاحياة فيه ، وقد بينا أن ما وجب فيه على خلاف القياس بالنصّ ، ولأنه ورد فى الغرّة لاغير ، والكفارات طريقها التوقيف أو الاتفاق . قال (وما يجب فيه موروث عنه) لأنه بدل عن نفسه فيورث كالدية ولا يرث الضارب منها لأنه قاتل . قال (وفى جنين الأمة نصف عشر قيمته لو كان حيا إن كان ذكرا ، وعشر قيمته لو كان أنثى) لأن الواجب فى جنين الحرّة خمسمائة ، وهى نصف عشر الدية ، والدية من الحرّة كالقيمة من العبد فيعتبر به ، وغرّة الجنين فى مال الضارب ، لأن العاقلة لاتعقل العبيد . وفى الفتاوى : معتدّة حامل احتالت لانقضاء عدّتها باسقاط الحمل فعليها الغرّة للزوج ولا ترث منه ، وقد مرّ الوجه فيه .

فصــــل

(ومن أخرج إلى طريق العامة روشنا أو ميزابا أو كنيفا أو دكانا فلرجل من عرض الناس أن ينتزعه) لأن المرور فى الطريق العامّ حقّ مشترك بين جميع الناس بأنفسهم ودوابهم ، فله أن ينقضه كما فى الملك المشترك إذا بنى فيه أحدهم شيئا كان لكلّ واحد منهم نقضه كذا هذا . قال (فإن سقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته) لأنه تسبب إلى التلف وهو متعدّ فيه بشغل طريق المسلمين وهواه بما ليس له حقّ الشغل ؛ ولو فعل ذلك بأمر السلطان لايضمن لأنه صار مباحا مطلقا لأنه نائب عن جماعة المسلمين ؛ ولو باع الدار بعد ذلك لايبرأ عن الضمان لأن الجناية وجدت منه وهى باقية قال (وإن أصابه طرف الميزاب الذى فى الحائط فلا ضمان فيه) لأنه غير متعدّ فى السبب ، لأن طرفه الداخل موضوع فى ملكه (وإن أصابه الطرف الخارج ضمن) لأنه متعدّ فيه .

وَإِنْ أَصَابَهُ الطَّرَفَانِ أَوْ لَا يُعْلَمُ ضَمِنَ نِصْفَ الدِّيَةِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ لَا يَسْتَضِرُّ بِهِ أَحَدٌ جَازَ لَهُ الِانْتِفَاعُ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ يَسْتَضِرُّ بِهِ أَحَدٌ يُكْرَهُ ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الدَّرْبِ الْغَيْرِ النَّافِذِ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ إِلَّا بِأَمْرِهِمْ ، وَلَوْ وَضَعَ جَمْرًا فِى الطَّرِيقِ ضَمِنَ مَا أَحْرَقَ فِى ذَلِكَ الْمَوْضِعِ ؛ وَإِذَا مَالَ حَائِطُ إِنْسَانٍ إِلَى طَرِيقِ الْعَامَّةِ فَطَالَبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ فَلَمْ يَنْقُضْهُ فِى مُدَّةٍ أَمْكَنَهُ نَقْضُهُ فِيهَا حَتَّى سَقَطَ ضَمِنَ مَا تَلِفَ بِهِ .

(وإن أصابه الطرفان أو لايعلم ضمن نصف الدية) لأن إضافة الموت إلى أحدهما ليس بأولى من الآخر فيضاف إليهما (ثم إن كان لايستضرّ به أحد جاز له الانتفاع به) لأن له فيه حقّ المرور ولاضرر فيه فيجوز (وإن كان يستضرّ به أحد يكره) لأن الإضرار بالناس حرام عقلا وشرعا . قال (وليس لأحد من أهل الدرب الغير النافذ أن يفعل ذلك إلا بأمرهم) لأن الطريق مشترك بينهم فصار كالدار المشتركة ؛ وإن كان مما جرت به عادة السكنى كوضع المتاع ونحوه لم يضمن لأنه غير متعدّ نظرا إلى العادة . قال (ولو وضع جمرا فى الطريق ضمن ما أحرق فى ذلك الموضع) فان حرّكته الريح إلى موضع آخر لم يضمن ما أحرق فى ذلك الموضع إلا أن يكون يوم ريح ؛ وكذا صبّ الماء وربط الدابة ووضع الخشبة وإلقاء التراب واتخاذ الطين ووضع المتاع ؛ وكذا لو قعد فى الطريق ليستريح أو ضعف عن المشى لإعياء أو مرض فعثر به أحد فمات وجبت الدية لما قلنا إنه متعدّ فى السبب فصار كحافر البئر على ما مرّ ؛ وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر ومات فالضمان على الواضع لاعلى العاثر لأنه هو المتعدّى فى السبب دون العاثر ، وإن نحى رجل شيئا من ذلك عن موضعه فعطب به إنسان ضمن من نحاه وبرئ الأوّل ، لأن بالتنحية شغل مكانا آخر وأزال أثر فعل الأوّل ، فكان الثانى هو الجانى فيضمن ؛ ولو رشّ الطريق أو توضأ فيه ضمن ، قالوا : هذا إذا لم يعلم المارّ بالرشّ بأن كان أعمى أو ليلا ، وإن علم لايضمن لأنه خاطر بروحه لما تعمد المشى عليه فكان مباشرا للتلف فلا يكون على المسبب ؛ وكذا لو تعمد المشى على الحجر والخشب الموضوعة فعثر به لاضمان على الواضع ، وقيل هذا إذا رشّ بعض الطريق ، أما إذا رشّ جميع الطريق فانه يضمن الواضع لأنه مضطرّ فى المرور عليه لأنه لايجد غيره ، ولا كفارة على واضع هذه الأشياء ، ولم يحرم به الميراث لأنه مسبب كحافر البئر ، وقد مرّ . قال (وإذا مال حائط إنسان إلى طريق العامة فطالبه بنقضه مسلم أو ذمى فلم ينقضه فى مدّة أمكنه نقضه فيها حتى سقط ضمن ما تلف به) والقياس أن لايضمن ، لأن الميلان وشغل الهواء ليس بفعله فلم يباشر القتل ولا سببه فلا ضمان عليه . وجه الاستحسان أن الهواء صار مشغولا بحائطه والناس كلهم فيه شركاء على

وَإنْ بَناهُ مائِلاً ابْتِداءً فَسَقَطَ ضَمِنَ مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ ، وَيَضْمَنُ الرَّاكِبُ ما وَطِئَتِ الدَّابَّةُ بِيَدِها أوْ رِجْلِها ، وَلا يَضْمَنُ ما نَفَحَتْ بِذَنَبِها أوْ رِجْلِها ؛

ما مرّ ، فاذا طولب بتفريغه يجب عليه ، فاذا لم يفرغ مع الإمكان صار متعدّيا وقبل الطلب لم يصر متعدّيا ، لأن الميل حصل فى يده بغير صنعه وصار كثوب ألقته الريح فى حجره فطلبه صاحبه بالردّ ، فان لم يردّه مع الإمكان فهلك ضمن ، وإن لم يطلبه لم يضمن ، وإن اشتغل بهدمه من وقت الطلب فسقط لم يضمن لأنه لم يوجد التعدّى من وقت الطلب ؛ ولو نقضه فعثر رجل بالنقض ضمن عند محمد وإن لم يطالب برفعه ، لأن الطريق صار مشغولا بترابه ونقضه فوجب عليه تفريغه . وعن أبى يوسف أنه لايضمن مالم يطالب برفعه كما فى مسألة الثوب ، ولو باع الدار خرج من ضمانه ، ويطالب المشترى بالهدم لأنه لم يبق له ولاية هدم الحائط ، والمطالبة إنما تصحّ ممن له ولاية الهدم حتى لاتصحّ مطالبة المستأجر والمرتهن والمودع ، ويصحّ مطالبة الراهن لقدرته على ذلك بواسطة فكاك الرهن ، وكذلك الأب والوصىّ والأمّ فى حائط الصبىّ لقيام ولايتهم ، والضمان فى مال الصبىّ ، لأن فعل هؤلاء كفعله . قال (وإن بناه مائلا ابتداء فسقط ضمن من غير طلب) لأنه متعدّ بالبناء فى هواء مشترك على ما بينا . قال (ويضمن الراكب ما وطئت الدابة بيدها أو رجلها) .

اعلم أن ركوب الدابة وسيرها إن كان فى ملكه لايضمن ما تولد من سيرها وحركاتها إلا الوطء لأنه تصرّف فى ملكه فلا يتقيد بشرط السلامة كحافر البئر فى ملكه ، إلا أن الوطء بمنزلة فعله لحصول الهلاك بثقله ، ولهذا وجبت عليه الكفارة فى الوطء دون غيره ، وقد مرّ ، وإن كان فى ملك غيره فانه يضمن ما جنت دابته واقفا كان أو سائرا وطئا ونفحا وكدما (١) لأنه متعدّ فى السبب لأنه ليس له إيقافها فى ملك غيره ، ولا تسييرها حتى لو كان مأذونا له فى ذلك ، فحكمه حكم ملكه وإن كان فى طريق العامة وهى مسألة الكتاب فانه يضمن ما وطئت بيدها أو رجلها أو كدمت أو صدمت أو أصابت برأسها أو خبطت (ولا يضمن ما نفحت بذنبها أو رجلها) والأصل فيه أن المرور فى الطريق عامّ مباح بشرط السلامة لأن له فيه حقا فكان مباحا وفيه حقّ العامة لكونه مشتركا بينهم فقيدناه بشرط السلامة نظرا للجانبين ومراعاة للحقين ، والوطء وأخواته مما يمكن الاحتراز عنه لكونه بمرأى من عينه فصحّ التقييد فيها ، والنفحة لايمكنه الاحتراز عنها حالة السير لأنها من خلفه فلا يتقيد بالسلامة ، فإن أوقفها ضمن النفحة أيضا لأنه يمكنه الاحتراز عنه

(١) قوله ونفحا وكدما . قال فى مختار الصحاح : نفحت الناقة : ضربت برجلها ، وقال أيضا : الكدم : العضّ بأدنى الفم كما يكدم الحمار .

وَإِنْ رَاثَتْ فِى الطَّرِيقِ وَهِيَ تَسِيرُ أَوْ أَوْقَفَهَا لِذَلِكَ لَاضَمَانَ فِيمَا تَلِفَ بِهِ وَإِنْ أَوْقَفَهَا لِغَيْرِهِ ضَمِنَ ، وَالقَائِدُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا دُونَ رِجْلِهَا وَكَذَا السَّائِقُ ؛ وَإِذَا وَطِئَتْ دَابَّةُ الرَّاكِبِ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حِرْمَانُ المِيرَاثِ وَالوَصِيَّةِ وَتَجِبُ الكَفَّارَةُ ؛ وَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً فَنَخَسَهَا آخَرُ فَأَصَابَتْ رَجُلاً عَلَى الفَوْرِ فَالضَّمَانُ عَلَى النَّاخِسِ ؛ وَإِنِ اجْتَمَعَ السَّائِقُ وَالقَائِدُ أَوِ السَّائِقُ وَالرَّاكِبُ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا ؛

بأن لاتقف (وإن راثت فى الطريق وهى تسير أو أوقفها لذلك لاضمان فيما تلف به) لأنه لايمكنه الاحتراز عن ذلك ، أما حالة السير فظاهر ، وكذلك إذا أوقفها لأن من الدواب من لايروث حتى يقف . قال (وإن أوقفها لغيره ضمن) لأنه يمكنه الاحتراز عن ذلك بترك الإيقاف ، والرديف كالراكب لأن السير مضاف إليهما ، وباب المسجد كالطريق فى الإيقاف ؛ فلو جعل الإمام للمسلمين موضعا لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان فيما حدث بين الوقوف فيه ، وكذلك من وقوف الدابة فى سوق الدواب لأنه مأذون له من جهة السلطان ، وكذلك الفلاة وطريق مكة إذا وقف فى غير المحجة لأنه لايضر بالناس فلا يحتاج إلى الإذن . أما المحجة فهى كالطريق . قال (والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها ، وكذلك السائق) مروى ذلك عن شريح ، وقيل يضمن النفحة . أما القائد فلأنه يمكنه الاحتراز عن الوطء دون النفحة كالراكب ؛ وأما السائق فإنه يمكنه الاحتراز من الوطء أيضا ؛ وأما النفحة قيل لايضمن لأنه لايمكن التحرز عنه ، إذ ليس على رجلها ما يمنعها من النفح ، وقيل يضمن لأن النفحة تبين من عينه فيمكن التحرز بابعاد الناس عنها والتحذير ، ولا كذلك القائد ، وقائد القطار فى الطريق يضمن أوله وآخره لأن عليه ضبطه وصيانته عن الوطء والصدمة . قال (وإذا وطئت دابة الراكب بيدها أو رجلها يتعلق به حرمان الميراث والوصية وتجب الكفارة) وقد بيناه فى أول الجنايات . قال (ولو ركب دابة فنخسها آخر فأصابت رجلا على الفور فالضمان على الناخس) لأن من عادة الدابة النفحة والوثبة عند النخس فكان مضافا إليه ، والراكب مضطر فى ذلك فلم يصر سيرها مضافا إليه فصار الناخس هو المسبب ؛ ولو سقط الراكب فمات فالضمان على الناخس أيضا لما بينا ، ولو قتلت الدابة الناخس فهو هدر كحافر البئر إذا وقع فى البئر ، ولو أمره الراكب بالنخس ضمن الراكب لأنه صح أمره فصار الفعل مضافا إليه ، ولو نفرت من حجر وضعه رجل فى الطريق ، فالواضع كالناخس ضامن لأن الوضع سبب لنفوز الدابة أو وثبها كالنخسة . قال (وإن اجتمع السائق والقائد أو السائق والراكب فالضمان عليهما) لأن أحدهما سائق للكل ، والآخر قائد للكل بحكم الاتصال ، وقيل الضمان على

وَإذَا اصْطَدَمَ فارسان أوْ ماشيان فَمَاتَا فَعَلَى عاقلة كُلّ وَاحِدٍ مِنْهُما دِيَةُ الآخَرِ ؛ وَلَوْ تَجاذَبا حَبْلاً فانْقَطَعَ وَماتا فانْ وَقَعا عَلى ظَهْرَيْهِما فَهُما هَدَرٌ ، وَإنْ سَقَطا عَلى وَجْهَيْهِما فَعَلى عاقِلَةِ كُلّ وَاحِدٍ دِيَةُ الآخَرِ ، وَإنِ اخْتَلَفا فَدِيَةُ الوَاقِعِ عَلى وَجْهِهِ عَلى عَاقِلَةِ الواقِعِ عَلى ظَهْرِهِ ، وَهُدِرَ دَمُ الّذِي وَقَعَ عَلى ظَهْرِهِ ؛ وَإنْ قَطَعَ آخَرُ الحَبْلَ فَمَاتا فَدِيَتُهُما عَلى عاقِلَتِهِ .

الراكب لأنه مباشر على ما قدمنا والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى ، وجميع هذه المسائل إن كان الهالك آدميا فالدية على العاقلة لأنها تتحمل الدية في الخطأ تخفيفا على القاتل مخافة استئصالها له ؛ وهذا دون الخطأ في الجناية فكان أولى بالتخفيف ، وإن كان غير آدميّ كالدواب والعروض ففي مال الجاني لأن العاقلة لاتعقل الأموال . قال : (وإذا اصطدم فارسان أوْ ماشيان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) لأن قتل كلّ واحد مضاف إلى فعل الآخر لاإلى فعلهما ، لأن القتل يضاف إلى سبب محظور ، وفعل كلّ واحد منهما وهو المشي في الطريق مباح في حقّ نفسه محظور في حقّ صاحبه إذ هو مقيد بشرط السلامة على ما بينا ، فسقط اعتبار فعله في حقّ نفسه لكونه مباحا فيضاف قتله كله إلى فعل الآخر لكونه محظورا في حقه وصار كالماشي مع الحافر ، فان التلف حصل بفعلهما وهو الحفر والمشي ، ومع هذا فان التلف إنما يضاف إلى فعل الحافر لأنه محظور لاإلى فعل الماشي لأنه مباح ؛ ولو كانا عامدين في الاصطدام ضمن كلّ واحد منهما نصف الدية ، لأن فعل كل واحد منهما محظور فأضيف التلف إلى فعلهما ؛ ولو كانا عبدين فهما هدر . أما في الخطأ فلأن الجناية تعلقت برقبة كل واحد منهما دفعا أو فداء وقد فات بغير فعل المولى لاإلى بدل فسقط ضرورة ؛ وأما العمد فلأن كلّ واحد منهما هلك بعد ما جنى فسقط القصاص . في نوادر ابن رستم رجل سار على دابة فجاء راكب من خلفه فصدمه فعطب المؤخر لاضمان على المقدم ، وإن عطب المقدم فالضمان على المؤخر ، وكذا في السفينتين . ولو كانا دابتين وعليهما راكبان قد استقبلتا واصطدمتا فعطبت إحداهما فالضمان على الآخر . قال : (ولو تجاذبا حبلا فانقطع وماتا ، فان وقعا على ظهريهما فهما هدر) لأن موت كل واحد منهما مضاف إلى فعله وقوّة نفسه لاقوّة صاحبه (وإن سقطا على وجهيهما فعلى عاقلة كل واحد دية الآخر) لأنه سقط بقوّة صاحبه وجذبه (وإن اختلفا فدية الواقع على وجهه على عاقلة الواقع على ظهره) لأنه مات بقوّة صاحبه (وهدر دم الذى وقع على ظهره) لأنه مات بقوّة نفسه (وإن قطع آخر الحبل فماتا فديتهما على عاقلته) . لأنه مضاف إلى فعله وهو القطع فكان مسببا .

فصـــل

إذَا جَنَى العَبْدُ خَطأً فَمَوْلاهُ إمَّا أنْ يَدْفَعَهُ إلى وَلِيّ الجِنايَةِ فَيَمْلِكُهُ أوْ يَفْدِيَهُ بأرْشِها ، وكَذَلِكَ إنْ جَنَى ثانيا وثالِثا ، وَإنْ جَنَى جِنايَتَيْنِ فإمَّا أنْ يَدْفَعَهُ إلَيْهِما يَقْتَسِمانِهِ بِقَدْرِ ما لِكُلّ واحِدٍ مِنْهُما مِنْ أرْشِ جِنايَتِهِ ، أوْ يَفْدِيَهُ بأرْشِهِما ،

فصـــل

(إذا جنى العبد خطأ فولاه إما أن يدفعه إلى ولى الجناية فيملكه أو يفديه بأرشها) وسواء كانت الجناية على حر أو عبد فى النفس أو فيما دونها قل أرشها أو كثر ، لما روى عن ابن عباس أنه قال : إذا جنى العبد فولاه بالخيار إن شاء دفعه وإن شاء فداه . وعن عمر رضى الله عنه : عبيد الناس أموالهم وجنايتهم فى رقبتهم . وعن على رضى الله عنه مثله ، ولأنها جناية يمكن استيفاؤها من الرقبة فتتعلق بها الجناية كجناية العمد . وإذا تعلقت برقبته ، فاذا خلى المولى بينه وبين ولى الجناية سقطت المطالبة عنه كما فى العمد ، ولأنه انما خوطب بالجناية لأجل ملكه ، فاذا سقط حقه زالت المطالبة كالوارث إذا خلى بين التركة وبين أرباب الديون ؛ فاذا اختار الفداء فحق ولى الجناية فى الأرش ، فاذا استوفاه سقط حقه ، إلاأن الواجب الأصلى هو الدفع حتى يسقط موجب الجناية بموت العبد لفوات محله ، إلا أن له حق الفداء لما ذكرنا كدفع القيم فى الزكاة . ولو اختار المولى الفداء ثم مات العبد فالفداء عليه ، لأن بالاختيار انتقل الحق من الرقبة إلى الذمة فلا يسقط بموت العبد كغيره من الديون ، وليست جناية العبد كدينه فى تعلقه برقبته ، لأن جناية الحر الخطأ يطالب بها غيره وهم العاقلة ، وديونه لايطالب بها غيره ، فكذلك العبد جنايته الخطأ يطالب بها غيره وهو المولى ، وديونه تتعلق به ، ولا يطالب بها غيره ، وإنما يملكه بالدفع لأنه عوض جنايته فيملكه كسائر المعاوضات . قال (وكذلك إن جنى ثانيا وثالثا) معناه إذا جنى بعد الفداء من الأولى يخير المولى كالأولى لأنه لما فداه فقد طهر عن الجناية وصارت كأن لم تكن فهذه تكون جناية مبتدأة ، وكذا الثالثة والرابعة وغيرها . قال (وإن جنى جنايتين فإما أن يدفعه إليهما يقتسمانه بقدر ما لكل واحد منهما من أرش جنايته أو يفديه بأرشهما) وكذلك إن جنى على جماعة إما أن يدفعه إليهم يقتسمونه بالحصص ، وإما أن يفديه بجميع أرشهم ، لأن تعلق الجناية برقبته لايمنع تعلق مثلها كما فى الديون ، ولأن حق المولى لم يمنع تعلق الجناية برقبته ، فحق ولى الجناية

وَإِنْ أَعْتَقَهُ المَوْلَى قَبْلَ العِلْمِ بِالجِنَايَةِ ضَمِنَ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنَ الأَرْشِ ، وَبَعْدَ العِلْمِ يَضْمَنُ جَمِيعَ الأَرْشِ ، وَفِي المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ يَضْمَنُ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِما وَمِنَ الأَرْشِ ، وَإِنْ عادَ فَجَنَى وَقَدْ دَفَعَ القِيمَةَ بِقَضَاءٍ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَيُشارِكُ وَلِيُّ الجِنايَةِ الثَّانِيَةِ الأَوَّلَ فِيما أَخَذَ ، وَإِنْ دَفَعَ المَوْلَى القِيمَةَ بِغَيْرِ قَضاءٍ ، فَإِنْ شاءَ الثَّانِي شارَكَ الأَوَّلَ ، وَإِنْ شاءَ اتَّبَعَ (سم) المَوْلَى ، ثُمَّ يَرْجِعُ المَوْلَى عَلَى الأَوَّلِ ،

الأولى أولى أن لايمنع . قال (وإن أعتقه المولى قبل العلم بالجناية ضمن الأقلّ من قيمته ومن الأرش وبعد العلم يضمن جميع الأرش) لأن حقه فى أحدهما ، فى الأولى خياره باق فيختار الأقلّ ، وفى الثانية لما علم فقد اختار الفداء لأن بالعتق امتنع الدفع بسبب من جهته فكان مختارا للفداء ، والبيع والهبة والتدبير والاستيلاد بمنزلة الإعتاق ، لأن كل ذلك يمنع الدفع ، وكذلك لو باعه من المجنى عليه كان اختيارا ، ولو وهبه لا لأن المستحقّ أخذه بغير عوض وقد وجد فى الهبة دون البيع قال (وفى المدبر وأمّ الولد يضمن الأقل من قيمتهما ومن الأرش) لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح قضى بجناية المدبر على مولاه وهو أمير الشام بمحضر من الصحابة من غير نكير ، ولأن المولى صار مانعا من تسليمه فى الجناية بالتدبير والاستيلاد من غير اختيار للفداء فصار كما إذا دبره وهو لايعلم بالجناية ، وإنما لزمه الأقلّ لأن الأرش إن كان أقلّ فلا حقّ لولىّ الجناية غير الأرش ، وإن كانت القيمة أقل فلم يتلف بالتدبير إلا الرقبة . قال (وإن عاد فجنى وقد دفع القيمة بقضاء فلا شىء عليه ، ويشارك ولىّ الجناية الثانية الأوّل فيما أخذ) لأن جنايات المدبر وإن تعدّدت لاتوجب إلا قيمة واحدة ، لأنه لم يمنع إلا رقبة واحدة والضمان متعلق بالمنع فصار كأنه دبره بعد الجنايات ، ولأن دفع القيمة كدفع العبد ، ودفع العبد لايتكرّر فكذا القيمة ، ويتضاربون بالحصص فى القيمة كما مرّ . قال (وإن دفع المولى القيمة بغير قضاء ، فإن شاء الثانى شارك الأوّل ، وإن شاء اتبع المولى ، ثم يرجع المولى على الأوّل) وقالا : لاشىء على المولى ، لأنه لما دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع الحقّ إلى مستحقه وصار كما إذا دفعه بقضاء . ولأبى حنيفة أن الجنايات استند ضمانها إلى التدبير الذى صار المولى به مانعا ، فكأنه دبر بعد الجنايات فيتعلق حقّ جماعتهم بالقيمة ، فاذا دفعها بقضاء فقد زالت يده عنها بغير اختياره فلا يلزمه ضمانها ، وإن دفعها بغير قضاء فقد سلم إلى الأوّل ما تعلق به حقّ الثانى ، فللثانى أن يضمن أيهما شاء المولى ، لأنه جنى بالدفع إلى غير مستحقه ، والأوّل لأنه قبض حقه ظلما وصار كالوصىّ إذا صرف التركة إلى الغرماء ثم ظهر غريم آخر ، فان دفعه بقضاء شارك الغريم الآخر الغرماء فيما قبضوه ، وإن دفع بغير قضاء ،

وَمَنْ قَتَلَ عَبْدًا خَطَأً فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لايُزَادُ (س) عَلَى عَشَرَةِ آلافِ دِرْهَمٍ إلاَّ عَشَرَةً ، وَلِلأَمَةِ خَمْسَةُ آلافٍ إلاَّ عَشَرَةً ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ،

إن شاء رجع على الوصىّ ، وإن شاء شارك الغرماء كذا هذا ، فان اتبع المولى رجع المولى على الأوّل لأنه سلم إليه غير حقه ، وإن شارك الأوّل لم يرجع على أحد ، لأن الحاصل الضمان عليه ، وتعتبر قيمة المدبر لكلّ واحد منهم يوم جنى ، عليه ولا يعتبر التدبير لأن المولى صار مانعا من تسليمه فى الحال بالتدبير السابق فكأنه جنى ثم دبره ، فتعتبر قيمته حينئذ ، مثاله : قتل قتيلا خطأ وقيمته ألف فازدادت خمسمائة ، ثم قتل آخر فولىّ الجناية الثانية يأخذ من المولى خمسمائة فضل القيمة تحسب عليه من أرش جنايته ، فتقسم الألف على تسعة وثلاثين جزءا ، لأن ما زاد على القيمة بعد الجناية الأولى لاحقّ لوليها فيه لأنها حدثت وقد تعلق حقه فى الذمة فينفرد بها ولىّ الجناية الثانية فيبقى له من الدية تسعة آلاف وخمسمائة وللأوّل دية كاملة عشرة آلاف ، فاجعل كل خمسمائة بينهما للأوّل عشرون وللثانى تسعة عشر فاقسم الألف كذلك ؛ ولو جنى المدبر خطأ ثم مات عقيبها بلا فصل لم تبطل القيمه على المولى لأنها وجبت فى ذمته عقيب الجناية ، فبقاء الرقبة وتلفها سواء ، وكذلك لو عمى بعد الجناية لاينقص شىء من القيمة لما بينا ؛ ولو أعتق المدبر المولى وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة ، لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع بالتدبير فكان الإعتاق بعده وعدمه سواء . وإذا أقرّ المدبر بجناية خطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه شىء عتق أو لم يعتق لأنها لازمة لمولاه ، وإقراره على المولى لايتعلق به حكم . قال (ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لايزاد على عشرة آلاف درهم إلا عشرة ، وللأمة خمسة آلاف إلا عشرة ، وإن كان أقلّ من ذلك فعليه قيمته) وقال أبويوسف : تجب قيمته بالغة مابلغت ؛ ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك فى يده تجب قيمته بالإجماع . لأبى يوسف أنها جناية على المال فتجب القيمة غير مقدّرة كالبهائم ، وهذا لأن الواجب للمولى ، والمولى إنما يملكه من حيث المالية فيكون الواجب بدل المالية . وعن علىّ وابن عمر رضى الله عنهم مثل قوله . ولهما قوله تعالى ـ فدية مسلمة إلى أهله ـ مطلقا ، والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ، ولأنها جناية على نفس آدمى فلا يزيد على عشرة آلاف كالحرّ ، ولأن المعانى التى فى العبد موجودة فى الحرّ ، وفى زيادة الحرية ؛ فاذا لم يجب فيه أكثر من الدية فلأن لا يجب فى العبد مع نقصانه أولى ، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا ، وفيه معنى المالية والجمع بينهما متعذّر ، والآدمية أعلى فتعتبر ؛ ويسقط الأدنى بخلاف البهائم لأنها مال محض ، وبخلاف الغصب لأن الغصب إنما يردّ على المال فكان الواجب بمقابلة المال . وعن ابن مسعود

وَما هُوَ مُقَدَّرٌ مِنَ الدِّيَةِ مُقَدَّرٌ مِنْ قيمَةِ العَبْدِ

باب القسامة

القَتيلُ : كُلُّ مَيِّتٍ بِهِ أَثَرٌ ، فإذا وُجِدَ فى مَحلَّةٍ لايُعْرَفُ قاتِلُهُ وَادَّعَى وَلِيُّهُ القَتْلَ عَلَى أَهْلِها أَوْ عَلَى بَعْضِهِمْ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَلا بَيِّنَةَ لَهُ يَخْتارُ مِنْهُمْ خَمْسِينَ رَجُلاً يَحْلِفُونَ باللهِ ما قَتَلْناهُ وَلا عَلِمْنا لَهُ قاتِلاً ، ثُمَّ يُقْضَى بالدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ المَحلَّةِ ،

مثل مذهبهما . وأما قليل القيمة فالواجب بمقابلة الآدمية أيضا ، إلا أنه لانصّ فيه فقدّرناه بقيمته رأيا إذ هو الأعدل ، وفى كثير القيمة نصّ لأنه ورد فى الحرّ بعشرة آلاف ، إلا أنا نقصنا دية العبد من ذلك إظهارا لشرفه وانحطاطا لرتبة العبد عنه ، والتقدير بعشرة مأثور عن ابن عباس رضى الله عنهما ، ولأنه أقلّ مال له خطر فى الشرع لأن به تستباح الفروج والأيدى فقدرناه به ، وكذلك الأمة على الخلاف والتعليل فى كثير القيمة وقليلها . قال (وما هو مقدّر من الدية مقدّر من قيمة العبد) فى يد العبد خمسة آلاف إلا خمسة إذا كان كثير القيمة ، لأن الواجب فى نفسه عشرة آلاف إلا عشرة واليد نصف الآدمى فيجب نصف ما فى النفس ، وعلى هذا سائر الأعضاء .

باب القسامة

وهى مصدر أقسم يقسم قسامة ، وهى الأيمان ، وخصّ هذا الباب بهذا الاسم لأن مبناه على الأيمان فى الدماء ، وهى مشروعة بالإجماع ، والأحاديث على ما يأتيك . قال (القتيل : كلّ ميت به أثر) أى أثر القتل ؛ لأنه إذا لم يكن به أثر فالظاهر أنه مات حتف أنفه وليس بقتيل فلا يتعلق به يمين ولا ضمان ، وأثر القتل جرح أو أثر ضرب أو خنق أو خروج الدم من عينه أو أذنه ، لأن الدم لايخرج منها عادة إلا بفعل ، أما إذا خرج من فمه أو دبره أو ذكره فليس بقتيل ، لأن الدم يخرج من هذه المواضع من غير فعل عادة ، وهذا لأن القتيل من فاتت حياته بسبب يباشره غيره من الناس عرفا ، فاذا علمنا أنه قتيل (فاذا وجد فى محلة لايعرف قاتله) لأنه إذا عرف قاتله لاقسامة ، فاذا لم يعرف (وادّعى وليه القتل على أهلها أو على بعضهم عمدا أو خطأ ولا بينة له يختار منهم خمسين رجلا) لأن الحقّ له فلا بدّ من دعواه ، وإذا كان له بينة فلا حاجة إلى القسم ، فاذا ادّعى ولا بينة له وجبت اليمين فيختار خمسين رجلا (يحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ، ثم يقضى بالدية على أهل المحلة) أى على عاقلتهم . والأصل فى ذلك ما روى « أن عبدالله

. . . .

ابن سهل وجد قتيلا فى قليب(١) فى خيبر فجاء أخوه عبدالرحمن وعماه حويصة ومحيصة إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فذهب عبد الرحمن يتكلم ، فقال عليه الصلاة والسلام : الكبر الكبر ، فتكلم الكبير من عميه فقال : يا رسول الله إنا وجدنا عبد الله قتيلا فى قليب من قلب خيبر ، فقال عليه الصلاة والسلام : تبرؤكم اليهود بخمسين يمينا يحلفون أنهم ما قتلوه ؟ قالوا : كيف نرضى بأيمان اليهود وهم مشركون ؟ فقال : فيقسم منكم خمسون رجلا أنهم قتلوه ؟ قالوا : كيف نقسم على ما لم نره ؟ فوداه عليه الصلاة والسلام من عنده » وعن سعيد بن المسيب « أن القسامة كانت فى الجاهلية ، وأقرّها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتيل من الأنصار وجد فى جبّ اليهود ، فأرسل رسول الله عليه الصلاة والسلام إلى اليهود وكلفهم قسامة خمسين ، فقالت اليهود له : نحلف ، فقال للأنصار : أتحلفون وتستحقون ؟ فقالت الأنصار : لن نحلف ، فألزم اليهود ديته لأنه قتل بين أظهرهم » وروى « أن رجلا جاء إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقال : يا رسول الله إنى وجدت أخى قتيلا فى بنى فلان ، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام : اجمع منهم خمسين يحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا ، فقال : يا رسول الله مالى من أخى إلا هذا ؟ قال : بلى مائة من الإبل » فدلت هذه الأحاديث على وجوب الأيمان والدية على أهل المحلة ، وترد على من يقول بوجوب البداءة بيمين الولىّ ، ولأن أهل المحلة يلزمهم نصرة محلتهم وحفظها وصيانتها عن النوائب والقتل ، وصون الدم المعصوم عن السفك والهدر ، فالشرع ألحقهم بالقتلة لترك صيانة المحلة فى حقّ وجوب الدية صونا للآدمىّ المحترم المعصوم عن الإهدار ، ولأن الظاهر أن القاتل منهم وإنما قتل بظهرهم فصاروا كالعاقلة . وأما قوله عليه الصلاة والسلام للأنصار « أتحلفون وتستحقون ؟ » فهو على طريق الإنكار عليهم لما قالوا : لانرضى بيمين اليهود ، ولهذا ثبت فيه النون ، ولو كان أمرا لقال : احلفوا تستحقوا دم صاحبكم ، وما روى « تحلفون وتستحقون » فمعناه أتحلفون كقوله تعالى - تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة - أى أتريدون ، ولأن البداءة بيمين الولىّ مخالف لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدّعى واليمين على من أنكر » ولأنه يدخل تحت قوله تعالى - إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا - الآية ، ويختار الولىّ خمسين رجلا لأن اليمين حقه فيختار من يظهر حقه باختياره ، أما من اتهمه بالقتل أو الصالحين منهم ليحترزوا عن اليمين الكاذبة فيظهر القاتل ، فاذا حلفوا قضى بالدية على عاقلتهم لما روينا .

---

(١) قال فى مختار الصحاح : القليب : البئر قبل أن تطوى . قلت : يعنى قبل أن تبنى بالحجارة ونحوها ، يذكر ويؤنث ، وقال أبو عبيدة : هى البئر العادية القديمة اهـ .

وكذلك إنْ وُجِدَ بَدَنُهُ أوْ أكْثَرُهُ أوْ نِصْفُهُ مَعَ الرأسِ ، فانْ لمْ يكُنْ فِيهِمْ خَمْسُونَ كُرِّرَتِ الأيْمَانُ عَلَيْهِمْ لِتَتِمَّ خَمْسِينَ ، وَمَنْ أبى مِنْهُمْ حُبِسَ حَتّى يَحْلِفَ ، وَلا يُقْضَى بالدِّيَةِ بِيَمِينِ الوَلِىِّ ؛

وسواء ادّعى القتل على جميع أهل المحلة أوعلى بعضهم معينين أو مجهولين لإطلاق النصوص . وعن أبي يوسف إذا ادّعى على بعض بأعيانهم تسقط القسامة والدية عن الباقين ، فان كان له بينة وإلا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة كسائر الدعاوى . قال (وكذلك إن وجد بدنه أو أكثره أو نصفه مع الرأس) لأن النصّ ورد فى البدن ، وللأكثر حكم الكلّ تعظيما للآدمى ، وإن وجد نصفه مشقوقا بالطول أو أقلّ من النصف ومعه الرأس ، أو وجد رأسه أو يده أو رجله أو عضو منه آخر فلا قسامة ولا دية ، لأن النصّ ورد فى البدن وهذا ليس فى معناه ، ولأنه لو وجبت فيه القسامة لوجبت لو وجد عضو آخر أو النصف الآخر فتتكرّر القسامة أو الدية بسبب نفس واحدة ولم يرد بذلك نصّ . قال (فان لم يكن فيهم خمسون كرّرت الأيمان عليهم لتتمّ خمسين) لما روى أن رجلا قتل بين حيين باليمن وادعة وأرحب (١) ، فكتبوا إلى عمر رضي الله عنه أنه وجد قتيل لايدرى من قتله ؛ فكتب عمر أن قس بين القريتين فأيهم كان أقرب فألزمهم ، فكان إلى وادعة فأتوا عمر رضى الله عنه وكانوا تسعة وأربعين رجلا فأحلفهم وأعاد اليمين على رجل منهم حتى تموا خمسين ثم ألزمهم الدية ، فقالوا : نعطى أموالنا وأيماننا ؟ فقال نعم فيم يطل (٢) دم هذا ؟ . قال (ومن أبى منهم حبس حتى يحلف) لأن اليمين فى القسامة نفس الحقّ ، ألا ترى أنه يجمع بينها وبين الدية ؟ ويدلّ عليه ما تقدم من حديث عمر رضى الله عنه حين قالوا : تبذل أموالنا وأيماننا ، أما تجزئ هذه عن هذه ؟ قال لا ، وإذا كانت نفس الحقّ يحبس عليه لأنه قادر على أدائه ، بخلاف الامتناع عن اليمين فى الأموال ، لأن اليمين فيها بدل عن الحقّ حتى يسقط ببذل المدّعى ، فاذا نكل لزمه المال وهو حقه ، فلا معنى للحبس بما ليس بحقّ . أما هنا لايسقط اليمين ببذل الدية وكان الحبس بحقّ فافترقا . وعن أبي يوسف أنه تجب الدية بالنكول كما فى سائر الدعاوى ، وجوابه مامرّ أنه مستحقّ عليه لنفسه : قال (ولا يقضى بالدية بيمين الولىّ) لأن اليمين شرعت للدفع لا للاستحقاق ، ولأن النبىّ عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المنكر للدفع عنه بقوله « واليمين على المنكر » والولىّ يحتاج إلى الاستحقاق فلا يشرع فى حقه ، ولأنه لايستحقّ بيمينه المال المبتذل المهان ، فلأن لاتستحقّ النفس المحترمة أولى .

(١) قوله وادعة وأرحب : هما قبيلتان من همدان كذا رأيته معزيا للنهاية .

(٢) قوله يطل : أى يهدر .

وَلا يَدْخُلُ فِي القَسامَةِ صَبِيٌّ وَلا مَجْنُونٌ وَلا عَبْدٌ وَلا امْرَأةٌ ، وَإِن ادَّعَى الوَلِيُّ القَتْلَ عَلَى غَيْرِهِم سَقَطَتْ عَنْهُمُ القَسامَةُ ، وَلا تُقْبَلُ شَهادَتُهُمْ (سم) عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَإِنْ وُجِدَ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُها إِنْسانٌ فالدِّيَةُ عَلَى عاقِلَةِ السّائِقِ وكَذا القائِدُ والرّاكِبُ ، وَأَنْ وُجِد فِي دارِ إِنْسانٍ فالقَسامَةُ عَلَيْهِ وَعَلَى عاقِلَتِهِ (س) إِنْ كانُوا حُضُوراً ، وَإِنْ كانُوا غُيَّباً كُرِّرَتِ الأَيْمانُ عَلَيْهِ وَالدِّيَةُ عَلَى العاقِلَةِ ؛

قال (ولا يدخل فى القسامة صبىّ ولا مجنون) لأنهما ليسا من أهل اليمين (ولا عبد ولا امرأة) لأنهما ليسا من أهل النصرة ،وإنما تجب على أهلها . قال (وإن ادّعى الولىّ القتل على غيرهم سقطت عنهم القسامة ولا تقبل شهادتهم على المدّعى عليه) لأن اليمين إنما تلزم بالدعوى وكذلك الدية ولم يدّع عليهم ، ثم إن كان له بينة على المدعى عليه وإلا يلزمه يمين واحدة كسائر الدعاوى فان حلفه برئ وإن نكل فعلى خلاف مرّ فى الدعوى، وإنما لاتقبل شهادتهم لأنهم تعينوا للخصومة حيث وجد القتيل فيهم فصاروا كالوكيل بالخصومة ، والوصىّ إذا شهد بعد العزل والخروج عن الوصية ، ولأنهم متهمون فى شهادتهم لاحتمال أنه جعل ذلك وسيلة إلى قبول شهادتهم . وقالا : تقبل لأنه لما ادّعى على غيرهم سقطت عنهم القسامة فلا تهمة فى شهادتهم وجوابه مامرّ قال (وإن وجد على دابة يسوقها إنسان فالدية على عاقلة السائق) لأن الدابة فى يده فكأنه وجده فى داره (وكذا القائد والراكب) ولو اجتمعوا فالدية على عاقلتهم لأن الدابة فى أيديهم . قال (وإن وجد فى دار إنسان فالقسامة عليه وعلى عاقلته إن كانوا حضورا) وقال أبو يوسف : لاقسامة على العاقلة لأن ربّ الدار أخصّ بالدار من غيره فصار كأهل المحلة لايشاركهم فى القسامة غيرهم . ولهما أن بالحضور تلزمهم نصرة البقعة كصاحب الدار فيشاركونه فى القسامة (وإن كانوا غيبا كرّرت الأيمان عليه والدية على العاقلة) لما تقدم ، وإن وجد فى دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لآخر وسدسها لآخر والباقى لآخر فالقسامة على عدد رؤسهم لأنهم يشتركون فى التدبير فكانوا فى الحفظ سواء ، والقسامة على أهل الخطة ، وهم الذين خطّ لهم الإمام عند فتحها ولا يدخل معهم المشترون . وقال أبو يوسف : يشترك الكل فى ذلك لأنها وجبت بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ والولاية بالملك ، فيستوى أهل الخطة والمشترون لاستوائهم فى الملك . ولهما أن أهل الخطة أخصّ بنصرة البقعة ، والحكم يتعلق بالأخصّ فكان المشترى معهم كالأجنبى ، ولأن العقل تعلق فى الأصل بأهل الخطة فما بقى منهم واحد لاينتقل عنهم كموالى الأب إذا لزمهم العقل لاينتقل إلى موالى الأم ما بقى منهم واحد ، وقيل بأن أبا حنيفة شاهد الكوفة وأهل الخطة كانوا يدبرون أمر المحلة وينصرونها دون المشترى ، فبنى الأمر

وَإِنْ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ فَعَلَى أَقْرَبِهِمَا إِذَا كَانُوا يَسْمَعُونَ الصَّوْتَ ، وَلَوْ وُجِدَ فِي السَّفِينَةِ فَالقَسَامَةُ عَلَى المَلَّاحِينَ وَالرُّكَّابِ ، وَفِي مَسْجِدِ مَحَلَّةٍ عَلَى أَهْلِهَا ، وَفِي الجَامِعِ وَالشَّارِعِ الأَعْظَمِ الدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ وَلَا قَسَامَةَ ،

على ذلك ، فإذا لم يبق من أهل الخطة أحد وكان فى المحلة مشترون وسكان ، فالقسامة على الملاك دون السكان . وقال أبو يوسف : عليهم جميعا لأن النبىّ عليه الصلاة والسلام أوجب القسامة على يهود خيبر وكانوا سكانا ، ولأن الساكن يلى التدبير كالمالك . ولهما أن المالك أخصّ بالبقعة ونصرتها ، ألا ترى أن السكان يكونون فى وقت وينتقلون فى وقت فتجب القسامة على من هو أخصّ ، وأما أهل خيبر فالنبىّ عليه الصلاة والسلام أقرّهم على أملاكهم وكان يأخذ منهم الخراج . قال (وإن وجد بين قريتين فعلى أقربهما) لما روى أبو سعيد الخدرى « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام أمر فى مثله بأن يذرع بين القريتين » ولما مرّ من حديث عمر رضى الله عنه ، وهذا (إذا كانوا يسمعون الصوت) لأنه يلحقه الغوث ، فأما إذا كانوا لايسمعون الصوت ولا يلحقه الغوث فلا شىء عليهم ، ولو كان يسمع الصوت أهل إحدى القريتين دون الأخرى فالقسامة على الذين يسمعون لما قلنا (ولو وجد فى السفينة فالقسامة على الملاحين والركاب) وهذا على قول أبى يوسف ظاهر لأنه يرى القسامة على الملاك والسكان . وأما على قولهما فالسفينة تنقل وتحول فتعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة ، ولا كذلك الدار والمحلة فافترقا . قال (وفى مسجد محلة على أهلها) لأنهم أخصّ بنصرته والتصرّف فيه فكأنه وجد فى محلتهم . قال (وفى الجامع والشارع الأعظم الدية فى بيت المال ولا قسامة) وكذلك الجسور العامة لأن ذلك لايختصّ بالبعض بل يتعلق بجماعة المسلمين ، فما يجب لأجله يكون فى بيت مالهم ، ولأن اليمين للتهمة وذلك لايوجد فى جماعة المسلمين ، وكذلك لو وجد فى السجن . وقال أبو يوسف : القسامة على أهل السجن والدية على عاقلتهم ، لأن الظاهر أن القتل وجد منهم . ولهما أنهم مقهورون لانصرة لهم فلا يجب عليهم ما يجب لأهل النصرة ، ولأن منفعة السجن لجماعة المسلمين ، لأنه وضع لاستيفاء حقوقهم ولدفع الضرر عنهم فكانت النصرة عليهم ، وهذه من فروع المالك والساكن لأن أهل السجن كالسكان فلا يجب عليهم شىء خلافا لأبى يوسف ، وإن وجد فى السوق إن كان مملوكا فعلى الملاك . وعند أبى يوسف على السكان أيضا ، وإن كان غير مملوك أو هو للسلطان فهو كالشارع العامّ الذى ثبت فيه حقّ جماعة المسلمين وسوق السلطان للمسلمين ، فما يجب فيه يكون فى بيت المال ويؤخذ فى ثلاث سنين ، لأن حكم الدية التأجيل كما فى العاقلة فكذلك غيرهم ، ألا ترى أنها تؤخذ من مال المقرّ بقتل الخطأ فى ثلاث سنين ؟ .

وَإِنْ وُجِدَ فِى بَرِّيَّةٍ أَوْ فِى وَسَطِ الفُرَاتِ فَهُوَ هَدَرٌ ، وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّاطِئِ فَعَلَى أَقْرَبِ القُرَى مِنْهُ إِنْ كَانُوا يَسْمَعُونَ الصَّوْتَ .

باب المعاقل

وَهِىَ جَمْعُ مَعْقُلَةٍ وَهِىَ الدِّيَةُ ، وَالعَاقِلَةُ الَّذِينَ يُؤَدُّونَهَا ،

قال (وإن وجد فى برّية أو فى وسط الفرات فهو هدر) لأنه لايد لأحد عليه ولا مملوكا لأحد ولا يسمع الصوت منه أهل مصر ولا قرية فكان هدرا . قال (وإن كان محتبسا بالشاطئ فعلى أقرب القرى منه إن كانوا يسمعون الصوت) لأنهم أخصّ به من غيرهم ، ألا ترى أنهم يشربون منه ويوردون عليه دوابهم فكانوا أخصّ بنصرته فيجب عليهم كأهل المحلة ؛ ولو وجد فى نهر صغير خاصّ مما يقضى فيه بالشفعة فعلى عاقلة أرباب النهر لأنه مملوك لهم ، فهم أخصّ به من غيرهم فيتعلق بهم مايوجد فيه كالدور والسوق والمملوك؛ ومن وجد قتيلا فى دار نفسه فديته على عاقلته لورثته ، وقالا : لاشىء فيه لأن الدار فى يده حالة الجرح فكأنه قتل نفسه ، ولو قتل نفسه كان هدرا كذا هذا . ولأبى حنيفة أن القسامة وجبت لظهور القتل وحالة الظهور الدار ملك الورثة فتجب الدية على عاقلتهم ، وهل تجب القسامة عليهم ؟ فيه اختلاف المشايخ ، وهذا بخلاف ما إذا وجد المكاتب قتيلا فى دار نفسه ، لأن الدار على ملكه حالة ظهور القتل ، فكأنه قتل نفسه فهدر .

رجلان فى بيت لاثالث معهما وجد أحدهما قتيلا يضمن الآخر الدية عند أبى يوسف ، وقال محمد : لاشىء عليه لأنه احتمل أنه قتل نفسه وأنه قتله صاحبه فلا تجب الدية بالشك . ولأبى يوسف أن الإنسان لايقتل نفسه ظاهرا فسقط اعتباره كما إذا وجد فى محلة .

باب المعاقل

(وهى جمع معقلة وهى الدية) وسميت الدية عقلا لوجهين : أحدهما أنها تعقل الدماء من أن تراق . والثانى أن الدية كانت إذا أخذت من الإبل تجمع فتعقل ثم تساق إلى ولىّ الجناية (والعاقلة الذين يؤدّونها) والأصل فى وجوب الدية على العاقلة ما تقدّم من حديث الجنين حيث قال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة « قوموا فدوه » وروى « أنه عليه الصلاة والسلام جعل على كل بطن من الأنصار عقولة » والمعقول أيضا يدلّ عليه ، وهو أن الخاطئ معذور ، وعذره لايعدم حرمة النفس بل يمنع وجوب العقوبة عليه فأوجب الشرع الدية صيانة للنفس عن الإهدار ، ثم فى إيجاب الكلّ عليه إجحاف واستئصال به فيكون عقوبة له ، فتضمّ العاقلة إليه دفعا للعقوبة عنه ، ولأن ذلك إنما يكون بظهر

وَيَجِبُ عَلَيْهِمْ كُلُّ دِيَةٍ وَجَبَتْ بِنَفْسِ الْقَتْلِ ، فإنْ كانَ القاتِلُ مِنْ أهْلِ الدِّيوَانِ فَهُمْ عاقِلَتُهُ ، وَتُؤْخَذُ مِنْ عَطاياهُمْ فى ثَلاثِ سِنِينَ ،

عشيرته وقوّة يجدها فى نفسه بكثرتهم وقوّة أنصاره منهم ، فكانوا كالمشاركين له فى القتل فضمنوا إليه لذلك كالردء والمعين لأنه يتحمل عنهم إذا قتلوا ويتحملون عنه إذا قتل فتكون من باب المعاونة كعادة الناس فى التعارف ؛ بخلاف المتلفات لأنها لاتكثر قيمتها فلا يحتاج إلى التخفيف ، والدية مال كثير يجحف بالقاتل فاحتاج إلى التخفيف . قال (ويجب عليهم كل دية وجبت بنفس القتل) كالخطأ وشبه العمد ؛ وهذا احتراز عما وجب بالصلح والاعتراف أو سقط القتل فيه بشبهة كالأب ، وإنما وجبت دية شبه العمد على العاقلة لحديث الجنين ، ألا ترى أنها تعمدت ضربها بالعمود فقضى عليه الصلاة والسلام بالدية على العاقلة ، ولأنه قتل أجرى كالخطأ فى باب الدية فكذلك فى تحمل العاقلة . وقضى عمر رضى الله عنه بالدية فى الخطأ على العاقلة بحضرة الصحابة من غير خلاف . قال (فان كان القاتل من أهل الديوان فهم عاقلته) وهم الذين لهم رزق فى بيت المال ، وفى زماننا هم أهل العسكر لكل راية ديوان على حدة ، وذلك لأن العرب كانوا يتناصرون بأسباب منها القرابة والولاء والحلف وغير ذلك ، وبقوا على ذلك إلى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما جاء عمر ودوّن الدواوين صار التناصر بالدواوين ، فأهل كل ديوان ينصر بعضهم بعضا وإن كانوا من قبائل متفرّقة . وقد صحّ أن عمر رضى الله عنه فرض العقل على أهل الديوان وكان قبل ذلك على عشيرة الرجل فى أموالهم ، لأنه أوّل من وضع الديوان فجعل العقل فيه ، وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فكان إجماعا منهم ، وهو على وفاق ما قضى به رسول الله عليه الصلاة والسلام معنى ، فإنهم علموا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى به على العشيرة باعتبار النصرة ثم الوجوب بطريق الصلة ، فإيجابه فيما يصل إليهم صلة وهو العطاء أولى ، وأهل كل ديوان فيما يصل إليهم من ذلك كنفس واحدة . قال (ويؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين) لما تقدم من حديث عمر وهو مروىّ عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أيضا وتعتبر الثلاث سنين من يوم القضاء لأن الدية تجب يوم القضاء ، وسواء خرجت فى أقلّ أو أكثر لأنه إنما وجبت فى العطاء تخفيفا ، فاذا حصلت فى أىّ وقت حصل وجد المقصود فيؤخذ منه ، فان تأخر خروج العطاء لم يطالبوا بشىء ، وإن تعجل لثلاث سنين أخذ منها الجميع لما ذكرنا ؛ وإذا وجب جميع الدية فى ثلاث سنين كان كلّ ثلث فى سنة فاذا وجب الثلث فما دونه كان فى سنة ، وما زاد على الثلث إلى الثلثين فى سنتين ، وما زاد إلى تمام الدية فى السنة الثالثة ، وإن كانت العاقلة أصحاب الرزق أخذ من أرزاقهم فى ثلاث سنين ، فان خرجت أرزاقهم فى كل سنة أخذمنها الثلث ، وإن خرجت

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ ، وَلا يُزَادُ الْوَاحِدُ عَلَى أَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ أَوْ ثَلاثَةٍ وَيُنْقَصُ مِنْهَا ، فَإِنْ لَمْ تَتَّسِعِ الْقَبِيلَةُ لِذَلِكَ ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ نَسَبًا ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَتَنَاصَرُونَ بِالْحِرَفِ فَأَهْلُ حِرْفَتِهِ ، وَإِنْ تَنَاصَرُوا بِالْحِلْفِ فَأَهْلُهُ ، وَيُؤَدِّي الْقَاتِلُ كَأَحَدِهِمْ ؛

فى كل ستة أشهر أخذ منها السدس فى كل شهر بحصته ، وعلى هذا فالحاصل أنه يؤخذ فى كل سنة الثلث كيفما خرج ، لأن الأرزاق لهم كالأعطية لأهلها ، وإن كان لهم أرزاق فى كل شهر وأعطية فى كل سنة أخذ من أعطيتهم لأنه أسهل ، فان الرزق يكون بقدر الكفاية لكل شهر أو لكل يوم فيشق عليهم الأخذ منه . أما العطاء يكون فى كل سنة بقدر عنائه واختباره فى الحروب لابحاجته فكان الأخذ منه أسهل . قال (وإن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) وهم عصبته من النسب لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم أوجب الدية على عصبة القاتل » ولأن تناصرهم بالقرب . قال (ولايزاد الواحد على أربعة دراهم أو ثلاثة وينقص منها) يؤخذ منه كل سنة درهم وثلث أو درهم لأن الأصل فيها التخفيف وتجب صلة ، فقدروه فى كل سنة بالدرهم لأنه أقل المقدرات ، ويزاد ثلث درهم وهو المختار ليكون الأكثر من الأقل وما لم يبلغ النصف فهو فى حكمه . قال (فإن لم تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل نسبا) تحرزا عن الإجحاف وتحقيقا لمعنى التخفيف فيضم إليهم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات لأن التناصر يقع بذلك ، وكذلك أهل الديوان إذا لم يتسع الديوان للدية يضم إليهم أقرب الرايات إليهم نصرة إذا حزبهم أمر أو دهمهم عدو ، وهو مفوض إلى رأى الإمام إذ هو أعلم بذلك ، ومن لاعاقلة له فى رواية تجب فى بيت المال ، لأنه لو مات ولا وارث له ورثه بيت المال ، فاذا جنى يكون عليه ليكون الغنم بالغرم ، وفى رواية فى مال الجانى لأن الأصل أن تجب عليه لأنه الجانى إلا أنا أوجبناه على العاقلة لما ذكرنا فإذا لم تكن عاقلة عاد إلى الأصل . قال (وإن كان ممن يتناصرون بالحرف فأهل حرفته) وإن تناصروا بالحلف فأهله (لما بينا أن المعنى فيه هو التناصر ، ومن ليس له ديوان ولا عشيرة ، قيل يعتبر المحال والقرى والأقرب فالأقرب ، وقيل تجب فى ماله ، وقيل إن كان القاتل مسلما تجب فى بيت المال ، لأن الدية تجب باعتبار النصرة ، وجماعة المسلمين يتناصرون ويذب بعضهم عن بعض وعلى هذا الخلاف اللقيط ، ولا تعقل مدينة عن مدينة وتعقل المدينة عن قراها لأن أهل المصر يتناصرون بديوانهم وأهل سوادهم وقراهم ، ولا يتناصرون بأهل ديوان مصر آخر ، والباديتان إذا اختلفتا كمصرين . قال (ويودى القاتل كأحدهم) لأنه إنما لم يجب عليه الكل مخافة الإجحاف ، ولا إجحاف فى هذا ولأنه الجانى فلا أقل من أن يكون كأحدهم ، ولأنها تجب بالتناصر وهو أولى بنصرة نفسه .

وَلا عَقْلَ عَلى الصِّبْيانِ وَالنِّساءِ ، وَلا عَلى عَبْدٍ وَمُدَبَّرٍ وَمُكاتَبٍ ، وَلا يَعْقِلُ كافِرٌ عَنْ مُسْلِمٍ وَلا بالعَكْسِ ؛ وَإِذا كانَ لِلذِّمِّيِّ عاقِلَةٌ فالدِّيَةُ عَلَيْهِمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عاقِلَةٌ فالدِّيَةُ في مالِهِ في ثلاثِ سِنِينَ ؛ وَعاقِلَةُ المُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلاهُ ؛ وَعاقِلَةُ مَوْلى المُوَالاةِ مَوْلاهُ وَقَبِيلَتُهُ ، وَوَلَدُ المُلاعِنَةِ تَعْقِلُ عَنْهُ عاقِلَةُ أُمِّهِ ، فإِنِ ادَّعاهُ الأَبُ بَعْدَ ذلكَ رَجَعَ عاقِلَةُ الأُمِّ عَلى عاقِلَةِ الأَبِ ، وَتَتَحَمَّلُ العاقِلَةُ خَمْسِينَ دِينارًا فَصاعِدًا وَما دُونَها في مالِ الجاني ، وَلا تَعْقِلُ العاقِلَةُ ما اعْتَرَفَ بِهِ الجاني إلاَّ أَنْ يُصَدِّقُوهُ .

قال (ولا عقل على الصبيان والنساء) لقول عمر رضى الله عنه : لايعقل مع العاقلة صبى ولا امرأة ولأنهما ليسا من أهل النصرة ، ولأن الدية تؤدّى على طريق الصلة والتبرع والصبىّ ليس من أهلها (ولا على عبد ومدبر ومكاتب) لأن العرب لاتستنصر بهم . قال (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا بالعكس) لعدم التناصر ، والكفار يعقل بعضهم عن بعض ، لأن الكفر كله ملة واحدة إلا أن يكون بينهم معاداة وحراب فلا يتعاقلون لعدم التناصر . قال (وإذا كان للذمى عاقلة فالدية عليهم) كالمسلم لالتزامهم أحكامنا فى المعاملات ولوجود التناصر بينهم (وإن لم يكن له عاقلة فالدية فى ماله) فى ثلاث سنين (كما قلنا فى المسلم ، وهذا لأن الواجب عليه وإنما يتحوّل إلى العاقلة إذا وجدت فإذا لم يكن بقيت عليه . قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) قال عليه الصلاة والسلام « مولى القوم منهم » ولأن نصرته بهم (وعاقلة مولى الموالاة مولاه وقبيلته) لأن عقد الموالاة عقد يتناصرون به . قال (وولد الملاعنة تعقل عنه عاقلة أمه) لأن نسبته إليهم فينصرونه (فان ادّعاه الأب بعد ذلك رجع عاقلة الأم على عاقلة الأب) لأنه ظهر أن الدية كانت واجبة على عاقلة الأب حيث أكذب نفسه وبطل اللعان وثبت نسبه منه ، فقوم الأم تحملوا مضطرين عن قوم الأب ما كان عليهم فيرجعون به عليهم فى ثلاث سنين من حين قضى لعاقلة الأم على عاقلة الأب . قال (وتتحمل العاقلة خمسين دينارا فصاعدا وما دونها فى مال الجانى) لما روينا أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالغرّة على العاقلة وهى خمسون دينارا . وعن عمر مرفوعا وموقوفا « لاتعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا اعترافا ولا صلحا ولا مادون أرش الموضحة » وعن ابن عباس مثله ، ولأن التحمل على العاقلة إنما كان تحرّزا عن الإجحاف وهو فى الكثير دون القليل ، والقدر الفاصل بينهما ما ورد به الشرع وهو ما ذكرنا . قال (ولا تعقل العاقلة ما اعترف به الجانى إلا أن يصدّقوه) لما روينا ، ولأنه لايلزمهم إقراره عليهم ، إذ لاولاية له عليهم ، فاذا صدقوه فقد رضوا به فيلزمهم : ولو تصادق القاتل وولىّ الجناية على أن قاضيا من قضاة المسلمين حكم على العاقلة بالدية وكذبهما العاقلة فلا شىء عليهم ، لأن تصادقهما

وَإِذَا جَنَى الحُرُ عَلَى العَبْدِ خَطَأً فَعَلَى عاقِلَتِهِ .

كتاب الوصايا

وَهِيَ مَنْدُوبَةٌ ،

ليس بحجة عليهم ، وليس على القاتل شيء فى ماله ، لأن الدية تقرّرت على العاقلة لتصادقهم وهو حجة فى حقهما ، بخلاف الأوّل حيث تجب الدية فى ماله باعترافه ، وتعذّر إيجابها على العاقلة فتجب عليه . قال (وإذا جنى الحرّ على العبد خطأ فعلى عاقلته) لأنها بدل النفس فتكون على العاقلة كما فى الحرّ . وروى عن أبى يوسف أنها فى مال القاتل ، وحمل قوله عليه الصلاة والسلام « ولا عبدا » فيما جنى عليه ، وجوابه أن المراد أنها لاتتحمل جناية العبد ، لأن المولى أقرب إليه منهم . وروى عنه أيضا أن قدر الدية على العاقلة لأنها ضمان النفس ، وما زاد فى مال الجانى لأنه ضمان المال ، بناء على أن عنده تجب قيمته بالغة ما بلغت ، وقد تقدّم .

كتاب الوصايا

وهى جمع وصية ، والوصية : طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصى أو بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه كقضاء ديونه والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك ، يقال : فلان سافر فأوصى بكذا ، وفلان مات وأوصى بكذا ، والاستيصاء : قبول الوصية ، يقال : فلان استوصى من فلان : إذا قبل وصيته . قال عليه الصلاة والسلام « استوصوا بالنساء خيرا فانهنّ عوان عندكم » أى اقبلوا وصيتى فيهنّ فانهنّ أسرى عندكم » (وهى) قضية مشروعة وقربة (مندوبة) دلّ على ذلك الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - وهذا دليل شرعيتها . والسنة ما روى « أن سعد بن أبى وقاص مرض بمكة فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ثلاث ، فقال : يا رسول الله إنى لاأخلف إلا بنتا أفأوصى بجميع مالى ؟ قال لا ، قال : أفأوصى بثلثى مالى ؟ قال لا ، قال : فبنصفه ؟ قال لا ، قال : فبثلثه ؟ قال : الثلث والثلث كثير ، لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » أى يسألون الناس كفايتهم ، وقال عليه الصلاة والسلام « إن الله تصدّق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم تضعوه حيث شئتم » وفى رواية « حيث أحببتم » وهذا يدلّ على شرعيتها وينفى وجوبها ، وقال عليه الصلاة والسلام « لايحلّ لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يوصى فيه أن يبيت ليلتين إلا وصيته تحت رأسه » وهذا يدلّ على الندبية .

وَهِيَ مُؤَخَّرَةٌ عَنْ مَئُونَةِ الْمُوصِي وَقَضَاءِ دُيُونِهِ ، وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ بِالثُّلُثِ. تَصِحُّ لِلأَجْنَبِيِّ مُسْلِماً كَانَ أَوْ كَافِراً بِغَيْرِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، وَمَازَادَ عَلَى الثُّلُثِ وَلِلْقَاتِلِ (س) وَالْوَارِثِ تَصِحُّ بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، وَتُعْتَبَرُ إِجَازَاتُهُمْ بَعْدَ مَوْتِهِ .

وأما الإجماع فإن الأئمة المهديين والسلف الصالح أوصوا ، وعليه الأمة إلى يومنا هذا ؛ ولأن الإنسان لايخلو من حقوق له وعليه ، وأنه مؤاخذ بذلك ، فاذا عجز بنفسه فعليه أن يستنيب فى ذلك غيره والوصيّ نائب عنه فى ذلك ، فكان فى الوصية احتياطا للخروج عن عهدتها فيندب إليها وتشرع تحصيلا لهذه المصالح . قال (وهى مؤخرة عن مئونة الموصى وقضاء ديونه) على ما يأتى فى الفرائض إن شاء الله تعالى (وهى مقدّرة بالثلث تصحّ للأجنبى مسلما كان أوكافرا بغير إجازة الورثة) لما روينا من حديث سعد وغيره وهى مطلقة لاتتقيد بالمسلم ولا بغيره . قال (وما زاد على الثلث وللقاتل والوارث تصحّ باجازة الورثة) لأن الوصية بما زاد على الثلث لاتجوز لحديث سعد . وفى الحديث « الحيف فى الوصية من الكبائر » قيل معناه بما زاد على الثلث وللوارث ، وإنما امتنع ذلك لحقّ الورثة ، لأن المريض مرض الموت قد استغنى عن المال وتعلق حقهم به ، إلا أنه لم يظهر ذلك فى الثلث بما سبق من الحديث ، ولحاجته إليه ليتدارك ما فرط منه وقصر فى عمله ، فاذا أجازت الورثة ذلك فقد رضوا باسقاط حقهم فيصحّ (وتعتبر إجازتهم بعد موته) لأنه عند ذلك ثبت حقهم فيه لاقبله ، وإنما يسقط الحقّ بعد ثبوته ، فاذا أجازوه بعد الموت فقد أسقطوا حقهم بعد ثبوته فيصحّ ، وكذلك الوصية للوارث إنما امتنعت لحقّ باقى الورثة ، لأن الوصية لاتجوز لوارث ، قال عليه الصلاة والسلام « لاوصية لوارث ولا إقرار بدين » . وفى رواية « لاوصية لوارث إلا أن تجيزها الورثة » ولأنه حيف فى الوصية لما مرّ ، ولأنه تعلق به حقّ الجميع على ما بينا ، فاذا خصّ به البعض يتأذّى الباقى ويثير بينهم الحقد والضغائن ويفضى إلى قطيعة الرحم ، فاذا أجازه بقية الورثة علمنا أنه لاحقد ولا ضغائن فيجوز ، فان أجاز البعض وردّ البعض جاز فى حقّ المجيز بقدر نصيبه ، وبطل فى الباقى لولايته على نفسه دون غيره . وأما الوصية للقاتل فلا تجوز إذا وجد القتل مباشرة عمدا كان أو خطأ . قال عليه الصلاة والسلام « لاوصية لقاتل » وكذا لو أوصى لرجل فقتله تبطل الوصية لما قلنا لأن نفاذ الوصية بعد الموت ، فاذا أجازتها الورثة جازت . وقال أبويوسف : لاتجوز عملا بإطلاق الحديث ، ولأنه إنما لم تجز لجنايته وهى باقية . ولنا أن الامتناع لحقّ الورثة لأن بطلانها نفع يرجع إليهم كبطلانها للوارث وبما زاد على الثلث ، فاذا أجازوا ذلك فقد أسقطوا حقهم فيسقط ، وكل ما توقف على إجازة الورثة فأجازوه

وَلا تَصِحُّ إلاَّ مِمَّنْ يَصِحُّ تَبَرُّعُهُ ، وَيُسْتَحَبُّ أنْ يَنْقُصَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإنْ كانَتِ الوَرَثَةُ فُقَرَاءَ لايَسْتَغْنُونَ بِنَصِيبِهِمْ فَتَرْكُها أفْضَلُ ، وَتَصِحُّ لِلْحَمْلِ وَبِهِ وَبِأمِّهِ دُونَهُ ،

فللموصى له يملكه من جهة الموصى لأن السبب صدر منه ، والإجازة رفع المانع كالمرتهن إذا أجاز بيع الرهن . قال (ولا تصح إلا ممن تصح تبرعه) فلا تصحّ من الصبيّ والمجنون والمكاتب والمأذون ، لأن الوصية تبرّع محض لايقابله عمل مال، ولا نفع دنياوى فصار كالهبة وتنجيز العتق ؛ وكذلك لو أوصى الصبي والمجنون ثم ماتا بعد البلوغ والإفاقة لعدم الأهلية حالة المباشرة ؛ وكذلك لو قال : إن أدركت فثلثى لفلان وصية لاتصحّ لعدم أهلية التصرف ، فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا كالعتاق، والطلاق ؛ وأما العبد والمكاتب إذا أضافاها إلى ما بعد عتقهما لاتصح لأنهما أهل لذلك ، وإنما امتنع فى الحال لحق المولى ، فإذا زال حقّ المولى زال المانع فتصح. قال (ويستحبّ أن ينقص من الثلث) لقوله عليه الصلاة والسلام « والثلث كثير » أى فى الوصية ، وعن على رضى الله عنه : لأن أوصى بالخمس أحبّ إلىّ من أن أوصى بالربع ، ولأن أوصى بالربع أحبّ إلىّ من أوصى بالثلث ، ولأن فيه صلة القريب بتركه حقه لهم ، ولا صلة فيا أوصى بالثلث تاما لأنه استوفى حقه فلا صلة . قال (وإن كانت الورثة فقراء لايستغنون بنصيبهم فتركها أفضل) لما فيه من الصلة والصدقة عليهم : قال عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة الصدقة على ذى الرحم الكاشح (١) » وقال عليه الصلاة والسلام « لاصدقة وذو رحم محتاج » وهو كما قال عليه الصلاة والسلام « صدقة وصلة » لأنه فقير فيكون صدقة وقريب فيكون صلة ، وإن كانوا أغنياء أو كانوا يستغنون بميراثهم ، قيل الوصية أولى ، وقيل يخيّر لأن الوصية صدقة أومبرة وتركها صلة والكلّ خير . قال (وتصح للحمل به وبأمه دونه) أما للحمل فلأن الوصية استخلاف للموصى له فى المال الموصى به ، والحمل أهل لذلك كما فى الميراث والوصية أخته ، إلا أنها تبطل بالرجوع ، لأن الملك إنما يثبت له بعد الموت ، بخلاف الهبة لأنه تمليك للحال ، وليس لأحد نقل الملك عنه فلا ينتقل ؛ ثم إن كان الزوج ميتا ، فان ولدت لأقل من سنتين وانفصل حيا جازت ، وإن انفصل ميتا لم تجز ، لأنه يحال بالعلوق إلى أبعد الأوقات حملا لأمرها على الصلاح ، ولهذا يثبت نسبه إلى سنتين ؛ وإن كان الزوج حيا فولدته لستة أشهر لاتصح الوصية ، لأن فى الوطء الحلال يحال بالعلوق إلى أقرب الأوقات لأنه لايتيقن بوجود الحمل وقت الوصية إلا إذا

(١) قوله الكاشح : هو الذى يخفى عداوته ، وإنما كانت الصدقة عليه أفضل لما فيه من مخالفة النفس وقهرها .

يُعْتَبَرُ فِي المَالِ وَالوَرَثَةِ المَوْجُودُ عِنْدَ المَوْتِ ، وَقَبُولُ الوَصِيَّةِ بَعْدَ المَوْتِ.
لِلْمُوصِي أَنْ يَرْجِعَ عَنِ الوَصِيَّةِ بِالقَوْلِ وَالفِعْلِ ، وَفِي الجُحُودِ خِلافٌ ؛

لدته لأقلّ من ستة أشهر . وأما الوصية به فإنما تصحّ إذا جاءت به لأقلّ من ستة أشهر حتى يكون موجودا وقت الوصية ، فإذا كان موجودا صحت الوصية به كالوصية بسائر الموجودات ، ولأن الوصية تصحّ بالثمرة وهي غير موجودة فلأن تصحّ بالموجود أولى . وأما الوصية بأمه دونه فلأنه لما صحّ إفراده عنها صحّ إفرادها عنه ، لأن ما صحّ إفراده بالعقد يصحّ استثناؤه ، ومالا فلا كما في المبيع وغيره ، وهذا لأن اسم الجارية لايتناول الحمل لكن عند الإطلاق يتبعها ضرورة الاتصال ، فاذا أفردها نصا صحّ لأن كل واحد منهما نفس بانفراده في الأصل . قال (ويعتبر في المال والورثة الموجود عند الموت) حتى لو أوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا ومات أو كان له فذهب أو نقص ، فإن المعتبر ماله حالة الموت ، لأن وقتئذ تنفذ الوصية وينتقل المال إلى ملك الموصى له ، وكذلك الورثة لااعتبار لمن مات قبله لاباجازته ولا بردّه لأن المال إنما ينتقل إليهم بعد الموت فلا اعتبار بغير المالك . قال (وقبول الوصية بعد الموت) حتى لو أجازها قبله أو ردّها فليس بشيء ، لأن حكمه وهو ثبوت الملك إنما يثبت بعد الموت فلا اعتبار بما يوجد قبله كما إذا وجد قبل العقد وهو إنما يملكه بالقبول لأنه تمليك بعقد فيتوقف على القبول كغيره من العقود ، بخلاف الميراث لأنه خلافة عن الميت حتى يثبت للوارث خيار العيب دون الموصى له ويثبت جبرا شرعا من غير قبول ، ولأنه لوملك الموصى به من غير قبول كان للموصى إلزامه الملك بغير اختياره ، ولا ذلك إلا لمن له عليه ولاية ، ولا ولاية له عليه ، ولأنه لو جاز ذلك لأوصى له بما يضرّه مثل ما إذا علق طلاقه بملكه وأنه لايجوز وإذا كان القبول شرطا لايملكه الموصى له إلا بالقبول إلا أن يموت الموصى له بعد الموصى قبل القبول فتملكها الورثة ، والقياس بطلان الوصية لما بينا ، إلا أنا استحسنا وقلنا يملكها الورثة ، لأن الوصية تمت من جهة الموصى تماما لايلحقه الفسخ من جهته ، والتوقف لحقّ الموصى له دفعا لضرر لحوق المنة ولا يلحقه بعد الموت فنفذت الوصية ضرورة تعذّر الردّ كما إذا مات المشترى والخيار له قبل الإجازة ، فان المبيع يدخل في ملكه كذا هذا . قال (وللموصى أن يرجع عن الوصية بالقول والفعل ، وفي الجحود خلاف) أما جواز الرجوع فلأنه تبرّع لم يتمّ ، لأن تمامه بالموت والقبول على ما بينا ، فيجوز الرجوع قبل التمام ، لأنه لو لزم قبل تمامه لم يكن تبرّعا ، والرجوع بالقول قوله : رجعت عن الوصية أوأبطلتها ونحو ذلك ، والرجوع بالفعل مثل أن يفعل فعلا يزيل ملكه عن الموصى به كالبيع والهبة ، لأنه إذا زال ملكه بطلت الوصية ، لأن الوصية إنما تنفذ في ملكه ؛

وَإِذَا قَبِلَ الْمُوصَى لَهُ الْوَصِيَّةَ ثُمَّ رَدَّهَا فِي وَجْهِ الْمُوصِي فَهُوَ رَدٌّ ، وَإِنْ رَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ فَلَيْسَ بِرَدٍّ ، فَإِنْ كَانَ عَاجِزًا ضَمَّ إِلَيْهِ الْقَاضِي آخَرَ ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا أَوْ فَاسِقًا اسْتَبْدَلَ بِهِ ،

وسواء عاد إلى ملكه أولا ، وكذا إذا فعل فعلا لو فعله الغاصب ينقطع به حق المالك كان رجوعا ، وكذلك فعل يكون استهلاكا من كل وجه وقد عرف تمامه فى الغصب ، وكذا إذا فعل ما يزيد به العين الموصى بها كالبناء والصبغ والسمن فى السويق والحشو بالقطن وخياطة الظهارة على البطانة وبالعكس ونحوه لأنه لايمكن تسليمه بدون الزيادة ، ولا سبيل إلى نقصانها لحصولها بفعل المالك فى ملكه ، وذبح الشاة رجوع لأنه لحاجته عادة فلا يبقى إلى وقت الموت . وأما الجحود فهو رجوع عند أبى يوسف خلافا لمحمد ، لأن الجحود نفى فى الماضى ، وانتفاؤه فى الحال للضرورة ، فاذا كان ثابتا فى الحال كان الجحود لغوا . ولأبى يوسف أن الرجوع نفى فى الحال ، والجحود نفى فى الماضى والحال فأولى أن يكون رجوعا ، ومن الرجوع قوله : العبد الذى أوصيت به لفلان هو لفلان آخر ، أو أوصيت به لفلان ، لأن هذا يدل على قطع الشركة ، ولو كان فلان الآخر ميتا لايكون رجوعا ، لأن الأولى إنما بطلت ضرورة صحة الثانية ولم تصح ، ولو كان حيا ثم مات قبل الموصى بطلت الأولى لصحة الثانية وبطلت الثانية بالموت ؛ ولو أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر فهو بينهما ، وليس برجوع لأنه يحتمل الشركة ، واللفظ غير قاطع لها بل صالح فيثبت لهما . قال (وإذا قبل الموصى له الوصية ثم ردها فى وجه الموصى فهو رد) لأنه ليس له إلزامه بغير اختياره (وإن ردها فى غير وجهه فليس برد) لما فيه من خيانة الميت وغروره ، فان الموصى مات معتمدا عليه واثقا بخلافته بعده فى أموره وتركته فلا يجوز رده ، بخلاف الوكيل حيث له الرجوع ، لأن الموكل حى يقدر على التصرف بنفسه ، وعلى أن يوكل غيره فافترقا ، وإن لم يقبلها ولم يردها حتى مات الموصى فهو بالخيار إن شاء قبل ، وإن شاء لم يقبل ، لأن الموصى ليس له إلزامه فيخير ، ثم القبول كما يكون بالقول يكون بالفعل لأنه دلالة عليه ، وذلك مثل أن يبيع شيئا من التركة بعد موت الموصى وينفذ البيع لصدوره من الأهل عن ولاية ؛ وكذا إذا اشترى شيئا يصلح للورثة أو قضى مالا أو اقتضاه لزمته الوصية ، وسواء علم بالوصية أو لم يعلم لأنها خلافة ، ألا ترى أنها إنما تثبت حال انقطاع ولاية الموصى فتنتقل الولاية إليه فلا يحتاج إلى العلم ولا يتوقف عليه كالإرث . قال (فان كان عاجزا ضم إليه القاضى آخر ، وإن كان عبدا أو كافرا أو فاسقا استبدله به) .

اعلم أن الأوصياء ثلاثة : أمين قادر على القيام بما أوصى إليه ، فانه يقرر وليس للقاضى

وَإِنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدِهِ وَفِي الوَرَثَةِ كِبارٌ لَمْ تَصِحَّ ، وَإِنْ كانُوا صِغاراً جازَتْ (سم) ، وَلَيْسَ لأَحَدِ الوَصِيَّيْنِ أَنْ يَتَصَرَّفَ دُونَ صاحِبِهِ (س) ،

عزله لأن مقصود الموصى القيام بأموره وما أوصى إليه به ، فاذا حصل فتغييره إبطال لقصده فلا يجوز . وأمين عاجز فالقاضى يضم إليه من يعينه ، لأن الوصية إليه صحيحة لايجوز إبطالها ، إلا أن فى انفراده نوع خلل ببعض المقصود لعجزه فيضم إليه آخر تكميلا للمقصود . وفاسق أو كافر أو عبد فيجب عزله وإقامة غيره لأنه لاتصح نيابته ، لأن الميت إنما أوصى إليه معتمدا على رأيه وأمانته وكفايته فى تصرفاته وهؤلاء ليسوا كذلك . أما الفاسق فلاتهامه بالخيانة ، وأما الكافر فللعداوة الدينية الباعثة له على ترك النظر للمسلم ، وأما العبد فلتوقف تصرفه على إجازة مولاه وتمكنه من حجره بعد ذلك فيخرجهم القاضى ويقيم من يقوم بمصالح الميت ، لأن القاضى نصب ناظرا للمسلمين ، ألا يرى أنه لو لم يوص إلى أحد فللقاضى أن يقيم وصيا كذا هذا . قال (وإن أوصى إلى عبده وفى الورثة كبار لم تصح) لأن للكبير بيعه أو بيع نصيبه فيعجز عن الوصية لأن المشترى يمنعه فلا تحصل فائدة الوصية (وإن كانوا صغارا جازت) وقالا : لاتجوز وهو القياس لأن الرق ينافى الولاية ، وفيه إثبات ولاية المملوك على المالك ، وهو قلب المشروع وعكس الموضوع . ولأبى حنيفة أنه أهل للولاية مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصية ، ولا ولاية عليه لأنهم لايملكون بيعه وإن كانوا ملاكا ، وليس لهم منعه ولا منافاة وصار كالمكاتب ، وإن أوصى إلى صبى أو عبد أو كافر فلم يخرجهم القاضى حتى بلغ أو أعتق أو أسلم ، فالوصية ماضية لزوال الموجب من العزل ، إلا أن يكون غير أمين لما بينا ، وإن أوصى إلى مكاتبه جاز لوجود الأهلية والقدرة على إنفاذ الوصية ، فان أدى عتق وهو على وصيته ، وإن عجز رد فى الرق فحكمه حكم العبد ، وقد بيناه . قال (وليس لأحد الوصيين أن يتصرف دون صاحبه) وقال أبو يوسف : لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف فى جميع الأشياء ، لأن الوصية خلافة ، وذلك إنما يكون إذا ثبت للخليفة مثل ما كان للمستخلف . ولهما أن الموصى ما رضى إلا برأيهما ، وهذا لأن الولاية إنما تثبت بتفويضه فيراعى وصفه وهو الاجتماع ، وفى اجتماع رأيهما مصلحة فيتقيد به لأنه شرط مفيد ، بخلاف الأشياء المستثناة لأنها ضروريات ، والضروريات مستثناة وهى تجهيز الميت ومئونة الصغار من طعامهم وكسوتهم والخصومة ورد الوديعة والمغصوب وقضاء الديون وعتق عبد بعينه وتنفيذ وصية بعينها ؛ أما تجهيز الميت لأن فى تأخيره فساده حتى كان للجار فعله ، وكذا مئونة الصغار لأنه يخاف عليهم جوعا وعريا ، والخصومة لايمكن الاجتماع عليها وباقى الصور الاجتماع والانفراد فيه سواء لأنها لاتحتاج إلى الرأى ، وكذا رد المشترى شراء فاسدا

وَلَوْ ماتَ أَحَدُهُما أَقامَ القاضِي مَكانَهُ آخَرَ ، وَإِذا أَوْصَى الوَصِيُّ إِلى آخَرَ فَهُوَ وَصِيٌّ فى التَّرِكَتَيْنِ . وَيَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَحْتالَ بِمالِ اليَتِيمِ إِنْ كانَ أَجْوَدَ ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَشِراؤُهُ (سم) لِنَفْسِهِ إِنْ كانَ فِيهِ نَفْعٌ لِلصَّبِيِّ ، وَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَقْتَرِضَ مالَ اليَتِيمِ ، وَلِلأَبِ ذلكَ ، وَلَيْسَ لَهُما إِقْراضُهُ ، وَلِلْقاضِي ذلكَ .

وحفظ الأموال وقبول الهبة ، لأن فى التأخير خوف الفتنة ، وكذلك جميع الأموال الضائعة وقبول ما يخشى عليه التلف . قال (ولومات أحدهما أقام القاضى مكانه آخر) أما عندهما فظاهر لأن الواحد لاينفرد بالتصرّف عندهما . وأما عند أبى يوسف فلأن الواحد وإن كان يملك التصرّف لكن الموصى قصد أن يخلفه اثنان فى حقوقه ، وقد أمكن تحقيق قصده بنصب وصىّ آخر فينصب ، ولو أن الوصى الميت أوصى إلى الثانى فله التصرّف وحده كما إذا أوصى إلى آخر لأن رأيه باق حكما برأى وصيه ، ولهذا جاز أن يوكله حال حياته فى التصرّف فى مال الميت فكذا الوصية . وعن أبى حنيفة ليس له ذلك ، لأن الموصى ما رضى بتصرّفه وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى آخر ، لأن مقصوده حصل برأى المثنى . قال (وإذا أوصى الوصىّ إلى آخر فهو وصىّ فى التركتين) تركته وتركة الميت الأوّل لأنه يتصرّف بولاية مستقلة فيملك الإيصاء إلى غيره كالجدّ ، لأن الولاية كانت ثابتة للموصى ثم انتقلت إلى الوصىّ فى المال ، وإلى الجدّ فى النفس ، والجد قام مقام الأب فى ولاية النفس فكذا الوصى فى ولاية المال ، لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه ، وعند الموت كانت ولايته ثابتة فى التركتين فكذا الوصىّ تحقيقا للاستخلاف ، وكذلك لوأوصى إلى رجل فى تركة نفسه وقد حضرته الوفاة يصير وصيا فى التركتين فى ظاهر الرواية ، لأن تركة موصيه تركته لأن له ولاية التصرّف فيها ، وروى عنهما أنه يقتصر على تركته لأنه نصّ عليها وجوابه ما مرّ . قال (ويجوز للوصىّ أن يحتال بمال اليتيم إن كان أجود) بأن كان أملأ أو أيسر قضاء وأعجل وفاء لأنه أنظر لليتيم والولاية نظرية ولهذا لايجوز بيعه وشراؤه بما لايتغابن إذ لانظر له فيه ، بخلاف الغبن اليسير لأنه لايمكن الاحتراز عنه ، ففى اعتباره سدّ باب التصرّفات . قال (ويجوز بيعه وشراؤه لنفسه إن كان فيه نفع للصبىّ) بأن اشترى بأكثر من القيمة أو باعه بأقلّ منها ، وقالا : لايجوز قياسا على الوكيل . وله أنه قربان مال اليتيم بالتى هى أحسن فيجوز بالنصّ وصار كالأب . قال (وليس للوصىّ أن يقترض مال اليتيم وللأب ذلك) لأن الأب يملك شراء مال الصبىّ بمثل قيمته ، ولا كذلك الوصىّ ، وكذلك الأب له أن يأخذ من مال الصبىّ عند حاجته بقدر حاجته ، ولا كذلك الوصىّ (وليس لهما إقراضه ، وللقاضى ذلك) لأن القرض تبرّع ابتداء معاوضة انتهاء ، فجعل معاوضة

وَالوَصِيُّ أحَقُّ بِمَالِ اليَتِيمِ مِنَ الجَدِّ ، وَشَهَادَةُ الوَصِيِّ لِلْمَيِّتِ لاَ تَجُوزُ ، وَعَلَى المَيِّتِ تَجُوزُ ، وَتَجُوزُ لِلوَرَثَةِ إنْ كَانُوا كِبارًا ، وَلا تَجُوزُ إنْ كانُوا صِغارًا (سم)

فى القاضى لقدرته على الاستخلاص بواسطة الحبس وغيره تبرّعا فى حقّ غيره لعجزه نظرا واحتياطا فى مال اليتيم . قال (والوصىّ أحقّ بمال اليتيم من الجدّ) لأنه انتقلت إليه ولاية الأب بالإيصاء إليه ، فكانت ولاية الأب قائمة حكما ، ولأن اختياره الوصىّ مع علمه بالجدّ دليل أن تصرّفه أنظر من تصرّف الجدّ فكان أولى ؛ فان لم يوص الأب فالولاية للجدّ لأنه أقرب إليه وأشفق على بنيه فانتقلت الولاية إليه ، ولهذا ملك النكاح مع وجود الوصىّ ، وإنما يقدّم الوصىّ فى المال لما بينا ، ووصىّ الجد كوصىّ الأب ، لأن الجد بمنزلة الأب عند عدمه فكذا وصيه . قال (وشهادة الوصىّ للميت لاتجوز) لأنه ثبت لنفسه ولاية القبض (وعلى الميت تجوز) إذ لا تهمة فى ذلك (وتجوز للورثة إن كانوا كبارا ولا تجوز إن كانوا صغارا) أما الشهادة للكبار ، قال أبو حنيفة : إن كانت فى مال الميت لاتجوز وفى غيره تجوز . وقالا : تجوز فى الوجهين لأنه لاولاية لهما عليه فلا يثبتان لأنفسهما ولاية التصرّف فلا تهمة ، بخلاف الصغار لأنهما يثبتان لهما ولاية التصرّف فى المشهود به . ولأبى حنيفة أنهما يثبتان لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف ما إذا شهدا فى غير التركة لأنه لاولاية لهما فى غيرها . وأما الشهادة للصغار فلا تجوز بحال للتهمة على ما بينا ، وإن أوصى إلى رجل إلى أن يقدم فلان فاذا قدم فهو الوصىّ أو إلى أن يدرك ولدى فهو كما قال ، لأنها فى معنى الوكالة ، ولأن الوصية مؤقتة شرعا ببلوغ الأيتام أو إيناس الرشد ، فجاز أن تكون مؤقتة شرطا ؛ ولو أوصى إلى رجل فى ماله كان وصيا فيه وفى ولده ؛ والوصىّ فى نوع يكون وصيا فى جميع الأنواع ، لأنه لولا ذلك لاحتجنا إلى نصب آخر ، والموصى قد اختار هذا وصيا فى بعض أموره فجعله وصيا فى الكلّ أولى من غيره لأنه رضى بتصرّف هذا فى البعض ولم يرض بتصرّف غيره فى شىء أصلا ؛ وإذا ادّعى الوصىّ دينا على الميت ولا بينة له أخرجه القاضى من الوصية لأنه يستحلّ أخذ مال اليتيم ، وقيل إن ادّعى شيئا بعينه أخرجه وإلا فلا ؛ والمختار أن يقول له القاضى : إما أن تقيم البينة وتستوفى أو تبرئه وإلا أخرجتك من الوصية ، فان أبرأه وإلا أخرجه وأقام غيره ؛ وللوصىّ أن يدفع المال مضاربة ويعمل فيه هو مضاربة ، لأنه قائم مقام الأب ، وللأب هذه التصرّفات فكذا الوصىّ ، فان عمل بنفسه أشهد على ذلك ، لأن له أن يتجر فى مال الصغير ، قال عليه الصلاة والسلام « ابتغوا فى مال اليتامى خيرا » فاذا أراد أن يستوجب طائفة من المال لنفسه بالمضاربة احتاج إلى الإشهاد نفيا للتهمة . وعن محمد إن لم يشهد فما عمله للورثة لأنه هو الظاهر فلا يترك إلا بدليل وهو الإشهاد ، وللوصىّ

وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَسُكْنَى دَارِهِ وَبِغَلَّتِهِمَا أَبَدًا وَمُدَّةً مَعْلُومَةً ، فَانْ خَرَجَا مِنَ الثُّلُثِ اسْتَخْدَمَ وَسَكَنَ وَاسْتَغَلَّ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُؤَاجِرَهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمَا خَدَمَ الوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ وَالمُوصَى لَهُ يَوْمًا ، فَإِنْ مَاتَ المُوصَى لَهُ عَادَ إِلَى الوَرَثَةِ ،

أن يأكل من مال اليتيم إذا كان محتاجا ، ويركب دابته إذا ذهب في حاجته ، قال تعالى - ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف - . وروى عن أبي يوسف لو طمع السلطان فى مال اليتيم فصالحه الوصىّ من مال اليتيم على أقلّ مما طمع لم يضمن لأنه مأمور بحفظ مال اليتيم ما أمكنه وقد أمكنه بهذا الطريق .

فصل

(وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره وبغلتهما أبدا ومدة معلومة) لأن المنافع يصحّ تمليكها حال الحياة بعوض وغير عوض ، فكذا بعد الممات للحاجة إلى ذلك كالأعيان ؛ ثم إن الموصى له يتملكها على ملك الموصى كما قلنا فى الوقف ، وتجوز مؤقتا ومؤبدا كما فى الإعارة والإجارة لأنها تمليك . قال (فان خرجا من الثلث استخدم وسكن واستغلّ) لأن الثلث حقّ الموصى فلا تزاحمه الورثة فيه ، وهذا لأن الوصية بالمنفعة تمليك الرقبة فى حقّ ملك المنفعة ، لأنه لايمكنه الانتفاع بالعين إلا بصيرورته أخصّ بملك الرقبة كالإجارة فكانت وصية بملك الرقبة فى حقّ الانتفاع لامطلقا (وليس له أن يؤاجرهما) لأنه ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها بعوض كالعارية ، هذا لأن التمليك بعوض أقوى وألزم ، والأضعف لايتناول الأقوى . قال (وإن لم يكن له مال غيرهما خدم الورثة يومين والموصى له يوما) لأنه لايمكنه أن يخدمهم جملة واحدة ، فالمهايأة فيه تقع على الأيام كما ذكرنا لأن حقه فى الثلث وحقهم فى الثلثين كالوصية بالعين ، وهذا لأنه لايمكن منع الجميع عن الورثة كما لايملك الوصية بجميع العين ؛ وإذا تقررت الوصية بالثلث وجبت المهايأة بالحصص كما قلنا . قالوا : والأعدل فى الدار أن تقسم أثلاثا تسكن الورثة الثلثين والموصى له الثلث ، لأن فيه التسوية بينهما فى الانتفاع زمانا وذاتا ، وفى المهايأة ذاتا لازمانا بخلاف العبد فانه لايتجزى فلا يمكن قسمته فتعينت المهايأة ، فان كان له مال آخر لكن لايخرج من الثلث فعلى هذا الاعتبار يخدم الموصى له على قدر ثلث التركة والباقى للورثة مثاله : إذا كان العبد نصف التركة فانه يخدم الموصى له يومين والورثة يوما ، لأن ثلثى العبد ثلث التركة فصار الموصى به ثلثى العبد وثلثه للورثة فيقسم كما ذكرنا ، وعلى هذا الاعتبار تخرّج بقية مسائله . قال (فان مات الموصى له عاد إلى الورثة) لأن الموصى له استوفى ما أوصى له به من المنافع على ملك الموصى كما بينا ، فلو انتقلت إلى ورثته كان

وَمَنْ أَوْصَى بِثَمَرَةِ بُسْتَانِهِ فَلَهُ الثَّمَرَةُ الْمَوْجُودَةُ عِنْدَ مَوْتِهِ ، وَإِنْ قَالَ : أَبَدًا ، فَلَهُ ثَمَرَتُهُ مَاعَاشَ ؛ وَلَوْ أَوْصَى بِغَلَّةِ بُسْتَانِهِ فَلَهُ الحاضِرَةُ وَالْمُسْتَقْبَلَةُ وَإِنْ أَوْصَى بِصُوفِ غَنَمِهِ أَوْ بِأَوْلَادِهَا أَوْ بِلَبَنِهَا فَلَهُ الْمَوْجُودُ عِنْدَ مَوْتِهِ ، قَالَ أَبَدًا أَوْ لَمْ يَقُلْ ،

ابتداء استحقاق من غير رضى فلا يجوز ، وإذا كانت على ملك الموصى تنتقل إلى ورثته كسائر أمواله ؛ ولو أوصى بغلتهما فاستخدم بنفسه وسكن ، قيل يجوز لاستواء الغلة والمنفعة فى المقصود ، وقيل لايجوز وهو الأصحّ لأن الغلة دراهم أو دنانير والوصية بهما حصلت وهو استوفى المنافع ، وهما غير متفاوتان فى حقّ الورثة فانه لو ظهر على الموصى دين أمكنهم استرداد الغلة وإيفاء الدين ، ولايمكنهم استرداد المنفعة بعد استيفائها فكان هذا أولى ، وليس للورثة بيع الثلثين . وعن أبى يوسف جوازه لأنه خالص حقهم . وجه الظاهر أن حقّ الموصى له ثابت فى سكنى الجميع لو ظهر له مال آخر تخرج الدار من الثلث وله حقّ المزاحمة فى الثلثين لو خرب الثلث الذى فى يده ، والبيع يبطل ذلك فيمنعون عنه . ولو أوصى لرجل بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فهو كما أوصى لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما حيث عطف أحدهما على الآخر فصار كحالة الانفراد وحكم الموصى له بالرقبة مع صاحب الخدمة كالوارث مع صاحب الخدمة . قال (ومن أوصى بثمرة بستانه فله الثمرة الموجودة عند موته ، وإن قال أبدا فله ثمرته ماعاش ، ولو أوصى بغلة بستانه فله الحاضرة والمستقبلة) لأن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا ينتظم المعدوم إلا بدليل آخر ، وقوله أبدا صريح فى إرادته فينتظمه ، إذ لو لم ينتظمه لم يبق للتأبيد فائدة . أما الغلة فينتظم الموجود وما سيوجد مرّة بعد أخرى عرفا ، يقال فلان يأكل من غلة بستانه وأرضه وداره ، ويراد به الموجود وما سيوجد عرفا فافترقا . قال (وإن أوصى بصوف غنمه أو بأولادها أو بلبنها فله الموجود عند موته ، قال أبدا أو لم يقل) لأن الوصية تمليك عند الموت على ماعرف فيعتبر وجوده عند ذلك ، وهذا لأن القياس يأبى تمليك المعدوم لعدم قبوله لذلك ، إلا أن الشرع ورد بورود العقد على الغلة والثمرة المعدومة فى المساقاة والإجارة فقلنا بجوازه فى الوصية أيضا بالقياس ، وبل أولى لأن باب الوصية أوسع ، أما الولد والصوف واللبن لم يرد فيها شىء فى المعدوم وإنما ورد فى الموجود تبعا فى عقد البيع ومقصودا فى الخلع فكذا فى الوصية يجوز فى الموجود دون المعدوم اتباعا لمورد الشرع ، ولو أوصى بغلة عبده وغلة داره فى المساكين جاز ، وبسكنى داره أو بخدمة عبده لهم لايجوز إلا لواحد بعينه ، لأنه لايمكن سكنى الدار واستخدام العبد إلا بالمرمة والنفقة ، ولايمكن القضاء على واحد منهم فتعذّر تنفيذ الوصية فبطلت . أما الغلة يمكن ترميم الدار والنفقة

وَالعِتْقُ فِي المَرَضِ ، وَالهِبَةُ وَالمحاباةُ وَصِيَّةٌ ، وَالمُحاباةُ إنْ تَقَدَّمَتْ عَلَى العِتْقِ فَهِيَ أَوْلَى ، وَإِنْ تأخَّرَتْ شارَكَتْهُ (سم) ؛ وَمَنْ أَوْصَى بِحُقُوقِ اللهِ تَعالى قُدِّمَتِ الفَرَائِضُ ،

على العبد من الغلة فوجب تنفيذها . قال (والعتق فى المرض والهبة والمحاباة وصية) تعتبر من الثلث لأنها تبرّعات فى المرض بما تعلق به حقّ الورثة فتعتبر من الثلث لما بينا . قال (والمحاباة إن تقدمت على العتق فهى أولى ، وإن تأخرت شاركته) وقالا : العتق أولى كيف كان . وصورة المحاباة : أن يبيع المريض ما يساوى مائة بخمسين ، أو يشترى مايساوى خمسين بمائة. فالزائد على قيمة المثل فى الشراء والناقص فى البيع محاباة وهى كالهبة فى المرض فاعتبرت وصية . وفيه أربع مسائل : إحداها أن يحابى ثم يعتق . والثانية أن يعتق ثم يحابى . والثالثة أن يعتق ثم يحابى ثم يعتق . والرابعة أن يحابى ثم يعتق ثم يحابى . فان خرج الكلّ من الثلث نفذت ولا كلام فيها ولا خلاف ، وإن لم يخرج من الثلث ، ففى المسألة الأولى تنفذ المحاباة ، فان فضل شىء فللعتق ، وقالا بالعكس ؛ وفى المسألة الثانية يشتركان ، وقالا : ينفذ العتق فان فضل شىء فللمحاباة ؛ وفى الثالثة يصرف نصف الثلث للمحاباة لأنها تشارك العتق الأوّل عنده ، ثم ما أصاب العتق الأوّل قسم بينه وبين الآخر نصفين ؛ وفى الرابعة الثلث بين المحاباتين لاستوائهما ، ثم ما أصاب الثانية قسم بينها وبين العتق لتقدمه عليها فيشاركها ، وقالا : العتق أولى بكل حال . لهما أن العتق لايلحقه الفسخ ويلحق المحاباة فكان أولى . والتقدّم فى الذكر لايوجب التقدم فى الثبوت فلا اعتبار به . وفى أثر ابن عمر رضى الله عنهما إذا كان فى الوصايا عتق بدئ به . ولأبى حنيفة أن المحاباة أقوى لأنها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة فكان تبرّعا معنى لاصورة ، والإعتاق تبرّع صورة ومعنى ، والمعاوضات أقوى من التبرّعات ، فاذا وجدت المحاباة أولا وهى أقوى لايزاحمه الأضعف بعدها لقوّته وسبقه ، إلا أن العتق إذا تقدمَ وهو لايقبل النقض تعارضا فيستويان فيشتركان . قال زفر : ما بدأ به الموصى منهما فهو أولى لأن بدايته دليل أن اهتمامه به أكثر فكان غرضه تقدمه فيتبع غرضه ، وجوابه ما تقدم . ولو مات وترك عبدا فقال للوارث : أعتقنى أبوك ، وقال آخر : لى على أبيك ألف درهم ، فقال صدقتما سعى العبد فى قيمته ؛ وقالا : يعتق من غير سعاية ، لأن العتق والدين ظهرا معا فى الصحة بتصديق الوارث بكلام واحد ، والعتق فى الصحة لايوجب السعاية وإن كان على المعتق دين . وله أن الدين أقوى لأنه يعتبر من جميع المال ، والإقرار بالعتق فى المرض يعتبر من ثلث المال ، وكان ينبغى أن يبطل العتق إلا أنه لايبطل بعد وقوعه فأبطلناه معنى بايجاب السعاية . قال (ومن أوصى بحقوق الله تعالى قدمت الفرائض) لأنها أهمّ من النوافل ، لأن الفرائض تخرجه عن العهدة ، والنوافل

وَإِنْ تَسَاوَتْ قُدِّمَ ما قَدَّمَهُ المُوصِي إِنْ ضَاقَ الثُّلُثُ عَنْها، وَما لَيْسَ بِوَاجِبٍ يُقَدَّمُ ما قَدَّمَهُ المُوصِي .

وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مالِهِ لِرَجُلٍ وَلِآخَرَ بِسُدُسِهِ فالثُّلُثُ بَيْنَهُما أَثْلاثًا ؛ وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِهِ وَلِآخَرَ بِثُلُثِهِ أَوْ بِنِصْفِهِ أَوْ بِجَمِيعِهِ (سم) فالثُّلُثُ بَيْنَهُما نِصْفانِ ، وَلا يَضْرِبُ (سم) المُوصَى لَهُ بِمَا زادَ عَلَى الثُّلُثِ إِلاَّ فِى المُحاباةِ وَالسِّعايَةِ وَالدَّراهِمِ المُرْسَلَةِ ،

تحصل له زيادة الثواب ، والأوّل أولى ، فالظاهر أنه أراد الأهمّ والأولى (وإن تساوت) بأن كان الكلّ فرائض (قدّم ما قدّمه الموصى إن ضاق الثلث عنها) لأن الظاهر أنه بدأ بالأهمّ ، وقيل يبدأ بالحجّ ثم بالزكاة لأنه يؤدّى بالمال والنفس ، وقيل بالزكاة ثم بالحجّ لأنه تعلق بها حقّ العباد فكانت أولى ، ثم بعدهما الكفارات لأنهما أقوى منها فى الفرضية والوعيد على الترك ، ثم صدقة الفطر بعد الكفارات ، لأن الكفارات عرف وجوبها بالقرآن وصدقة الفطر بالسنة ، ثم الأضحية لأن صدقة الفطر مجمع على وجوبها والأضحية مختلف فيها (وما ليس بواجب يقدّم ما قدّمه الموصى) لما مرّ .

فصل

(ومن أوصى بثلث ماله لرجل ولآخر بسدسه فالثلث بينهما أثلاثا) لأن الثلث ضعف السدس ، فقد أوصى لأحدهما بسهمين وللآخر بسهم (ولو أوصى له بثلثه ولآخر بثلثه أو بنصفه أو بجميعه فالثلث بينهما نصفان) وهذا كله إذا لم تجز الورثة . أما الأولى فبالإجماع لاستوائهما فى قدر الوصية والثلث لايتسع لهما فيستويان فيه . وأما الثانية والثالثة فمذهب أبى حنيفة (ولا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث) عنده (إلا فى المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) وقالا : يضرب لكل واحد بقدر ما أوصى له كما إذا أجازت الورثة ، فانه يقسم الكل على قدر ما أوصى لهما كذلك ههنا ، فيقسم الثلث عندهما فى المسألة الثانية على خمسة ، ثلثه للموصى له بالنصف ، وسهمان للموصى له بالثلث . وفى المسألة الثالثة على أربعة : ثلاثة للموصى له بالجميع ، وسهم لصاحب الثلث ، وهذا لأن الموصى قصد تفضيل البعض فى الوصية فوجب اعتباره ما أمكن ، وقد أمكن بطريق الضرب كما ذكرنا ، ولا ضرر على الورثة فى ذلك فيصار إليه . وله أن الوصية فيما زاد على الثلث باطلة فى حقّ الاستحقاق عند عدم الإجازة لكونها وصية بما لايستحقه فبطل حقّ الضرب ضرورة عدم الاستحقاق ، وإنما قصد التفضيل بناء على الاستحقاق والإجازة بدليل إضافته الوصية

وَإِنْ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مالِهِ فَلَهُ السُّدُسُ (سم) ، وَلَوْ أَوْصَى بِجُزْءٍ أَعْطاهُ الوَارِثُ ما شاءَ ، وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ وَلَهُ ابْنانِ فَلَهُ الثُّلُثُ ؛

إلى جميع المال وقد بطل الاستحقاق والإجازة فيبطل التفضيل ، كالمحاباة الثابتة فى ضمن البيع إذا بطل البيع تبطل المحاباة ، بخلاف الفصول الثلاثة ، لأن الوصية بالألف المرسلة والمحاباة لم تقع على حقّ الورثة قطعا لجواز نفاذها بأن يظهر له مال فتخرج من ثلثه بدون الإجازة ، والوصية بالعتق وصية بالسعاية ، وهى كالدراهم المرسلة ، بخلاف ما زاد على الثلث لأنه حقّ الورثة وإن كثرت التركة . ومن أوصى لرجل بثلثَ ماله إلا شيئا أو إلا قليلا فله نصف الثلث بيقين وبيان الزيادة عليه إلى الورثة لأنها مجهولة . قال (وإن أوصى بسهم من ماله فله السدس) عند أبى حنيفة فى رواية الجامع الصغير فانه قال فيه : له أخسّ سهام الورثة إلا أن ينقص من السدس فيتمّ له السدس ولا يزاد عليه فكان حاصله أن له السدس . وعلى رواية كتاب الوصايا : له أخسّ سهام الورثة ما لم يزد على السدس . وقالا : له أخسّ السهام إلا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث . لهما أن السهم اسم لما يستحقه الورثة عرفا وشرعا ، وأقلّ السهام متيقن ، وما زاد عليه مشكوك ، ولا يزاد على الثلث لأن الثلث موضع الوصية عند عدم الإجازة . وله ما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن رجلا أوصى بسهم من ماله ، فقضى رسول الله عليه الصلاة والسلام فى ذلك بالسدس ، ولأن السهم يذكر ويراد به السدس لغة . قال إياس : السهم فى اللغة السدس ، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الأقلّ منهما احتياطا . فلومات وترك امرأة وابنا فللموصى له الثمن على رواية كتاب الوصايا فيزاد على ثمانية فيكون له تسع ، وفى رواية الجامع له السدس . ولو ترك امرأة وأخا لأبوين فعنده السدس وعندهما الربع ويصير خمسا ؛ ولو ترك ابنين فعنده له السدس ، وعندهما الثلث ؛ ولو أوصى لرجل بسهم من ماله ثم مات ولا وارث له فله النصف لأن بيت المال بمنزلة ابن فصار كأن له ابنين ولا مانع من الزيادة على الثلث فصحّ . قال أبو يوسف : لو أوصى لعبده بجزء أو بنصيب أو بطائفة من ماله لا يعتق ؛ ولو أوصى بسهم من ماله عتق ، لأن السهم عبارة عن السدس أو عن أخسّ السهام ، وأنه معلوم فتنفذ الوصية فى جزء منه . أما الجزء والنصيب ليس بمعلوم فلا تنفذ فيه الوصية إلا بإعطاء الورثة ما شاءوا . قال (ولو أوصى بجزء أعطاه الوارث ما شاء) وكذلك النصيب والشقص والبعض لأنه اسم لشىء مجهول ، والوارث قائم مقام الموصى فكان البيان إليه . قال (ولو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابنان فله الثلث) لأنه إذا أخذ الثلث كان مثل نصيب ابنه ، ولو أخذ النصف كان أكثر ، ولو أوصى بنصيب ابنه فهى باطلة لأنه وصية بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد موت الأب ، بخلاف المثل لأن مثل الشىء غيره .

وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ دَرَاهِمِهِ أَوْ ثُلُثِ غَنَمِهِ فَهَلَكَ ثُلُثَاها وَبَقِيَ ثُلُثُهَا وَهِيَ تَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِهِ فَلَهُ جَمِيعُهُ (ز) ، وكَذَا المَكِيلُ وَالمَوْزُونُ وَالثِّيابُ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، وَإِنْ كانَتْ مُخْتَلِفَةً فَلَهُ ثُلُثُ البَاقِي ، وكَذَلِكَ العَبِيدُ وَالدُّورُ ؛ وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِهِ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو وَعَمْرٌو مَيِّتٌ فالثُّلُثُ لِزَيْدٍ ، وَلَوْ قالَ بَيْنَ زَيْدٍ وَعَمْرٍو فَنِصْفُهُ لِزَيْدٍ ؛ وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ مِنْ مالِهِ وَلَهُ مالٌ عَيْنٌ وَدَيْنٌ وَالأَلْفُ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ العَيْنِ دُفِعَتْ إِلَيْهِ ،

قال (ومن أوصى بثلث دراهمه أو ثلث غنمه فهلك ثلثاها وبقى ثلثها وهى تخرج من ثلثه فله جميعه ، وكذا المكيل والموزون والثياب من جنس واحد ، وإن كانت مختلفة فله ثلث الباقى ، وكذلك العبيد والدور) وقال زفر : له ثلث الباقى فى الجميع لأن الكل مشترك بينهما ، فما هلك يهلك على الحقين ، وما يبقى يبقى عليهما كسائر الأموال المشتركة وكما فى الأجناس المختلفة . ولنا أن الوصية تعلقت بالباقى لأنه يجوز أن يستحقه الموصى له بالقسمة مع الورثة لو قسم قبل الهلاك لأنه مما تجرى فيه القسمة جبرا وأنه إفراز فيه ، وكل ما تعلقت به الوصية وهو يخرج من ثلث المال فهو للموصى له ولا التفات إلى ما هلك ، ألا ترى أنه لو أوصى له بثلث شىء بعينه كالدابة والدار والعبد فاستحق ثلثاه كان له الثلث الباقى ، ولا كذلك الأجناس المختلفة لأنه لايجوز أن يستحق الموصى له الباقى بالقسمة ؛ فلم تكن الوصية متعلقة به لأن القسمة لاتجرى فيه جبرا ، ولو كانت تكون مبادلة فلا يكون له إلا ثلث الباقى ضرورة المبادلة ، وهذا ظاهر فى الأجناس المختلفة ، إذ لاخلاف فى عدم قسمة الجبر فيها ؛ وأما الدور المختلفة والرقيق فكذلك عند أبى حنيفة لأنها لاتقسم عنده ؛ وأما على قولهما قالوا : ينبغى أن تكون كالثياب والغنم لأنها تقسم عندهما ، وقيل لا . أما الدور فانها تقسم عندهما إذا رأى القاضى ذلك مصلحة فكان فى معنى القسمة أضعف مما يقسم بكل حال . وأما الرقيق فانه وإن كان يقسم عندهما لكن التفاوت بينهما فاحش فصار كجنسين . قال (ومن أوصى بثلثه لزيد وعمرو وعمرو ميت فالثلث لزيد لأن عمرا إنما يزاحم لو كان حيا ، أما الميت لايزاحم فبقى الثلث لزيد بلا مزاحم بقوله : ثلث مالى لزيد ، ولغا قوله وعمرو . وعن أبى يوسف إن علم بموت عمرو فكذلك لأنه علم أن ذكر عمرو لغو ، وإن لم يعلم لزيد نصف الثلث ، لأن من زعمه أن الوصية بينهما وأنه إنما أوصى لزيد بنصف الثلث فيكون كما زعم (ولو قال : بين زيد وعمرو فنصفه لزيد) لأن اللفظ يقتضى التنصيف بينهما ، ألا يرى أنه لو قال : ثلث مالى لزيد وسكت كان جميع الثلث له ؟ ولو قال : بين زيد وسكت لايستحق جميعه . قال (ومن أوصى لرجل بألف من ماله وله مال عين ودين ، والألف يخرج من ثلث العين دفعت إليه) لأنه أمكن تنفيذ الوصية من الثلث

وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الْعَيْنِ أُخِذَ ثُلُثُ الْعَيْنِ وَثُلُثُ مَا يُحَصَّلُ مِنَ الدَّيْنِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهَا ، وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِهِ لِفُلَانٍ وَلِلْمَسَاكِينِ فَنِصْفُهُ لِفُلَانٍ وَنِصْفُهُ لِلْمَسَاكِينِ (م) ؛ وَلَوْ أَوْصَى لِرَجُلَيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمِائَةٍ ، ثُمَّ قَالَ لِآخَرَ : أَشْرَكْتُكَ مَعَهُمَا فَلَهُ ثُلُثُ كُلِّ مِائَةٍ ؛ وَلَوْ قَالَ لِوَرَثَتِهِ : لِفُلَانٍ عَلَيَّ دَيْنٌ فَصَدِّقُوهُ يُصَدَّقُ إِلَى الثُّلُثِ؛ وَإِنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَوَارِثٍ فَالنِّصْفُ لِلْأَجْنَبِيِّ وَبَطَلَ نِصْفُ الْوَارِثِ .

الذى هو محلها من غير إضرار بالورثة فينفذ (وإن لم يخرج من العين أخذ ثلث العين وثلث ما يحصل من الدين حتى يستوفيها) لأن التركة مشتركة بينهم فيشتركان فى العين والدين بقدر حصصهما ، لأن العين خير من الدين ، فلو اختص به أحدهما تضرر الآخر فكان العدل فيما ذكرنا . قال (ومن أوصى بثلثه لفلان وللمساكين ، فنصفه لفلان ونصفه للمساكين) وقال محمد : ثلثاه للمساكين ، وأصله أن اسم المساكين عنده يتناول الاثنين فصاعدا ، لأن الوصية أخت الميراث ، والجمع فى باب الميراث يتناول الاثنين فصاعدا فكذا هذا . وعندهما يتناول الواحد فصاعدا ، لأن الألف واللام تقتضى الجنس ، ومتى تعذر الصرف إلى الجنس يصرف إلى الأدنى وهو واحد كاليمين فى شرب الماء وتزويج النساء وكلام الناس فانه يحنث بشرب قطرة وتزويج امرأة وكلام واحد ، وههنا تعذر صرفه إلى الجنس لأنهم لايحصون فيصرف إلى الأدنى وهو الواحد ، وعلى هذا لو أوصى بثلثه للمساكين فعند محمد لايجوز صرفه إلى واحد . وعندهما يجوز لما مر . ولو أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين قال أبو حنيفة رحمه الله : سهم لفلان وسهم للمساكين وسهم للفقراء ، لأن الفقراء والمساكين صنفان فكأنه أوصى لثلاثة . وعند أبى يوسف رحمه الله : سهم لفلان وسهم للفقراء والمساكين لأنهما صنف واحد من حيث المعنى ، إذ كل واحد من الاسمين ينبئ عن الحاجة . وعند محمد رحمه الله : يقسم على خمسة أسهم : سهم لفلان ، ولكل صنف سهمان لما مر . قال (ولو أوصى لرجلين كل واحد منهما بمائة ثم قال لآخر : أشركتك معهما فله ثلث كل مائة) تحقيقا للشركة ، إذ الشركة تقتضى المساواة . ولو أوصى لرجل بمائة ولآخر بخمسين ثم قال لآخر : أشركتك معهما ، فله نصف مالكل واحد ، لأنه تعذر المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواة كل واحد منهما عملا بلفظ الشركة بقدر الإمكان . قال (ولو قال لورثته : لفلان على دين فصدقوه يصدق إلى الثلث) أى إذا ادعى أكثر من ذلك وكذبه الورثة لأنه إقرار بمجهول فلا يصح إلا بالبيان ، فعلمنا أنه قصد تقديمه على الورثة فأمضينا قصده وجعلناه وصية فتكون مقدرة بالثلث . قال (وإن أوصى لأجنبى ووارث فالنصف للأجنبى وبطل نصف الوارث)

وَمَنْ أَوْصَى لِجِيرَانِهِ فَهُمُ المُلاصِقُونَ (سم) ، والأَصْهَارُ : كُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ زَوْجَتِهِ ، وَالأَخْتَانُ : زَوْجُ كُلِّ ذَاتِ رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ ، وَالأَهْلُ : الزَّوْجَةُ (سم).

لأنه أوصى بما يملك وما لايملك فيصحّ فيما يملك وتبطل فى الآخر ، بخلاف الوصية للحىّ والميت لأن الميت ليس أهلا للتمليك فلا يكون مزاحما . أما الوارث أهل حتى يصحّ باجازة باقى الورثة فيصلح مزاحما .

فصل

(ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) عند أبى حنيفة وزفر رحمهما الله ، وهو القياس لأنه من المجاورة ، وهى الملاصقة . قال عليه الصلاة والسلام « الجار أحقّ بصقبه » والمراد الملازق لأن غيره لايستحقّ الشفعة . وقالا : الملاصقون وغيرهم ممن يصلى فى مسجد تلك السكة ، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله ، وهو الاستحسان لأنهم يسمون جيرانا عرفا ، يقال : جار ملاصق وغير ملاصق ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « لاصلاة لجار المسجد إلا فى المسجد » وفسر بكلّ من سمع النداء ولأن قصده البرّ ، وهو فيما ذكرناه أعمّ إلا أنه لابدّ من الاختلاط بينهم ، وذلك باتحاد المسجد والمالك والساكن فيه سواء ، وكذلك الذكر والأنثى والصغير والكبير والمسلم والذمى ، لأن اسم الجار يتناولهم . قال (والأصهار : كلّ ذى رحم محرم من زوجته) لأن النبىّ عليه الصلاة والسلام أعتق كلّ ذى رحم محرم من زوجته صفية (١) ، وكانوا يسمون أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويدخل فيه كلّ ذى رحم محرم من زوجة كلّ ذى رحم محرم منه ، فلو مات بعد زوال النكاح بطلت الوصية ، لأنه يشترط وجود الصهرية عند الموت وبقاؤها ببقاء النكاح . قال (والأختان : زوج كلّ ذات رحم محرم منه) ويدخل فيه الأقرب والأبعد والعبد والحرّ لتناول اللفظ الجميع . ومن كلامهم : نعم الختن القبر . وعند أهل اللغة اختلاف فى الأصهار والأختان غير ما ذكرنا ، والعرف على ما ذكرنا والحكم به . قال (والأهل : الزوجة) وعندهما كلّ من يعوله وتجمعه نفقته ومنزله من الأحرار دون الرقيق ، وإن كان يعوله وليس فى منزله لايدخل عملا بالعرف . قال تعالى ـ وأتونى بأهلكم أجمعين ـ ولأبى حنيفة رحمه الله أن الحقيقة ما ذكرنا ، يقال : تأهل فلان ببلد كذا إذا تزوّج بها ، وانصراف الفهم إليه عند الإطلاق دليل الحقيقة . وقال تعالى ـ

---

(١) قوله صفية ، قال الشلبى على الزيلعى : صوابه : جويرية ذكره أبو داود .

وَالآلُ : أهلُ بَيْتِهِ ، وأهلُ نَسَبِهِ : مَنْ يَنْتَسِبُ إلَيْهِ مِنْ جِهَةِ الأبِ ، وَجِنْسُهُ : أهلُ بَيْتِ أبِيهِ ، وَإن أوْصَى لأقْرِبَائِهِ ، أوْ لِذَوِي قَرَابَتِهِ ، أوْ لأرْحَامِهِ ، أوْ لِذَوِي أرْحَامِهِ ، أوْ لأنْسَابِهِ فَهُمُ اثْنَانِ (سم) فَصَاعِدًا مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ غَيْرِ الوَالِدِينَ وَالمَوْلُودِينَ ؛ وفِي الجَدِّ رِوَايَتَانِ ،

قال لأهله امكثوا ـ أي لزوجته ، وقال تعالى ـ فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله ـ أي زوجته بنت شعيب عليه السلام . قال (والآل : أهل بيته) لأن آل فلان قبيلته التي ينسب إليها . ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجدّه ، لأن الأب أصل البيت . قال (وأهل نسبه : من ينتسب إليه من جهة الأب) لأن النسب إلى الآباء . قال (وجنسه : أهل بيت أبيه) لأن الشخص يتجنس بأبيه ، فابن التركى تركى ، وابن الهندى هندى . فالحاصل أن أهل البيت والنسب والجنس والآل أقرباؤه من قبل أبيه إلى أقصى جدّ يجمعهم فى الإسلام ، ويدخل فيه الغنى والفقير وإن كانوا لايحصون ، لأن اسم القرابة يتناولهما ، والوصية للغنىّ القريب قربة لأنه صلة الرحم. قال (وإن أوصى لأقربائه أو لذوى قرابته ، أو لأرحامه ، أو لذوى أرحامه ، أو لأنسابه فهم اثنان فصاعدا من كلّ ذى رحم محرم منه ، غير الوالدين والمولودين ؛ وفى الجدّ روايتان) وقال : يستحقه الواحد ويستوى فيه المحرم وغير المحرم والقريب والبعيد إلى كل من ينتسب إلى أقصى أب له فى الإسلام ؛ لأن القرابة تنتظم الكل لما روى « أنه لما نزل قوله تعالى ـ وأنذر عشيرتك الأقربين ـ صعد النبىّ عليه الصلاة والسلام الصفا وقال : يابنى فلان ، يا بنى فلان حتى دعا قبائل قريش ، وقال لهم : إنى نذير لكم بين يدى عذاب شديد » فدلّ أن القرابة تتناول القريب والبعيد . وقولهما إلى أقصى أب له فى الإسلام كالعباسى والعلوى يدخل فى وصيته كلّ من ينسب إلى العباس وإلى علىّ رضى الله عنهما ، لأن الجدّ المسلم صار هو البيت وشرفوا به فلا اعتبار بمن تقدّمه ممن لم يسلم . ولأبى حنيفة أن قوله لذوى قرابتى اسم جمع ، والمثنى جمع من وجه لوجود الاجتماع ، ولأن الوصية أخت الميراث ، وأقلّ الجمع فى الميراث اثنان ، ولأن المقصود بها الصلة فتختصّ بالرحم المحرم كالنفقة ، ويستوى فيه الرجال والنساء للإطلاق ، ولا يدخل فيه الوالد والولد . قال تعالى ـ للوالدين والأقربين ـ والمعطوف غير المعطوف عليه ، وإذا لم يكن الوالد قريبا للولد لايكون الولد قريبا له ، ولا يدخل الجدّ والجدّة وولد الولد من ذكر وأنثى لأنهم ليسوا أقرباء ، لأن القريب لغة : من يتقرّب إلى غيره بواسطة غيره ، وتكون الجزئية بينهما منعدمة ، وتقرّب الوالد والولد بنفسه لابغيره ، والجدّ والحفدة الجزئية بينهما ثابتة ، ويشترط أن لايكون وارثا لأن الوصية لاتصحّ للوارث .

وَيُعْتَبَرُ الأَقْرَبُ فالأَقْرَبُ ، فإِنْ كانَ لَهُ عَمٌّ وَخالانِ فَلِلْعَمِّ النِّصْفُ وَلِلْخالَيْنِ النِّصْفُ (سم) ، وفِي عَمَّيْنِ وَخالَيْنِ الكُلُّ لِلْعَمَّيْنِ (سم) ، وَلَوْ كانَ لَهُ عَمٌّ واحِدٌ فَلَهُ نِصْفُ الثُّلُثِ (سم) وَإِنْ كانَ لَهُ عَمٌّ وَعَمَّةٌ وَخالٌ فالوَصِيَّةُ لِلْعَمِّ وَالعَمَّةِ سَوَاءً ، وَإِنْ قالَ لِذِي قَرَابَتِهِ أَوْ ذِي نَسَبِهِ فَكَذَلِكَ ، إِلاَّ أَنَّ الوَاحِدَ يَسْتَحِقُّ الكُلَّ ، فإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ بَطَلَتِ (سم) الوَصِيَّةُ أَوْصَى لِبَنِي فُلانٍ وَهُوَ أَبُو قَبِيلَةٍ كَبَنِي تَمِيمٍ فَهِيَ لِلذَّكَرِ وَالأُنْثَى وَالفَقِيرِ وَالغَنِيِّ ، وَإِنْ كانُوا لا يُحْصَوْنَ فَهِيَ باطِلَةٌ .

قال (ويعتبر الأقرب فالأقرب) عند أبي حنيفة أيضا (فان كان له عمّ وخالان فللعمّ النصف وللخالين النصف) وقالا : بينهم أثلاثا (وفى عمين وخالين الكل للعمين) وعندهما بينهم أرباعا . لأبى حنيفة أن الوصية أخت الميراث فيعتبر الأقرب فالأقرب كما فى الميراث ، فلا يرث الخال مع العمين، وفى المسألة الأولى للعمّ النصف لأنه لابدّ من التثنية لما مرّ عنده فبقى الباقى للخالين . ولهما ما تقدم أن اسم القريب يتناول القريب والبعيد على مامرّ . قال (ولو كان له عمّ واحد فله نصف الثلث) عنده ، وعندهما جميعه (وإن كان له عمّ وعمة وخال فالوصية للعمّ والعمة سواء) لاستوائهما فى القرابة وهى أقوى من الخئولة والعمة . وإن لم تكن وارثة تستحقّ الوصية بلفظ القرابة ، كما إذا كان القريب عبدا أو كافرا . قال (وإن قال لذى قرابته أو ذى نسبه فكذلك) الخلاف (إلا أن الواحد يستحقّ الكل) بالإجماع ، لأن لفظ ذى فرد فيستحقه الواحد ، ففى مسألة العمّ والخالين يستحقّ العمّ الجميع لما قلنا ؛ ولو قال لذوى قرابته أو لأنسابه الأقرب فالأقرب يستحقّ الواحد الجميع إذا انفرد ، لأن قوله الأقرب فالأقرب خرج تفسيرا لما تقدّم ، والأقرب اسم فرد ، ويدخل فيه ذو الرحم المحرم وغيره ، لأن قوله الأقرب فالأقرب يتناول الكلّ ، ويثبت الاستحقاق للأبعد عند عدم الأقرب ، ولا يأخذ معه عملا بقوله الأقرب فالأقرب . قال (فان لم يكن له ذو رحم محرم بطلت الوصية) عند أبى حنيفة خلافا لهما ، والأصل مامرّ . قال (أوصى لبنى فلان وهو أبو قبيلة كبنى تميم فهى للذكر والأنثى والفقير والغنى وإن كانوا لايحصون فهى باطلة) والأصل فيه أن كل وصية يحصى عدد أهلها فهى جائزة ، وهى بينهم بالسوية على عدد رءوسهم الذكر والأنثى فهى سواء ، ويدخل فيها الغنىّ والفقير ، لأن الحقّ يجوز إثباته لمعين من بنى آدم فإن التسليم إليه ممكن ، ولا دلالة على التخصيص فصحت الوصية ، وإن كان لايحصى عددهم فعلى ثلاثة أوجه : أحدها أن تكون الوصية لايدخل فيها غنىّ كقوله : فقراء بنى تميم أو مساكينهم فالوصية صحيحة ، وتكون الوصية لمن قدر عليه منهم ، لأن الوصية وقعت لله تعالى والفقراء مصارفها .

وَإِنْ كَانَ أَبَا صُلْبٍ فَالوَصِيَّةُ لِلذُّكُورِ (سم) خاصَّةً ، وَلَوْ أَوْصَى لِأَيْتَامِ بَنِى فُلانٍ أَوْ عُمْيَانِهِمْ أَوْ زَمْنَاهُمْ أَوْ أَرَامِلِهِمْ وَهُمْ يُحْصَوْنَ فَهِيَ لِلْفُقَرَاءِ وَالأَغْنِيَاءِ ، وَإِنْ كَانُوا لا يُحْصَوْنَ فَلِلْفُقَرَاءِ خاصَّةً

والثانى أن يكون لفظ الوصية يقع للفقير والغنىّ ولا يختصّ به أحدهما فهى باطلة ، كقوله لبنى تميم لأنها تثبت للعباد ، ولا يمكن تنفيذها لجميع بنى تميم لأنهم لايحصون ، ولا يمكن تنفيذها للبعض لأنه ليس بأولى من البعض الآخر فبطلت ، بخلاف الوجه الأوّل لأن الموصى له واحد ، وهو الله تعالى . الوجه الثالث أن يكون اللفظ يتناول الفقير والغنىّ ، لكن قد يستعمل اللفظ فى ذوى الحاجة كقوله يتامى بنى تميم ، أو عميان بنى تميم ، أو زمنى بنى تميم ، أو أرامل بنى تميم ، فان كانوا يحصون فالاسم يقع على الفقير والغنىّ وتكون الوصية لهما ، لأنهم معينون يمكن التسليم إليهم فيجرى اللفظ على إطلاقه ، وإن كانوا لايحصون كان للفقراء منهم ، لأن هذا اللفظ يذكر ويراد به غالبا أهل الحاجة ، فان الله تعالى ذكر اليتامى فى آية الخمس وأراد الفقراء منهم فوجب تخصيص الوصية وحملها على أهل الحاجة منهم ، ولأن القرابة والثواب فيهم أكثر وهو المقصود غالبا ، ويستوى فيه الذكر والأنثى ، لأن الاستحقاق بالعقد لايتفضل فيه الذكر والأنثى كالاستحقاق بالبيع . ولو قال : لفقراء بنى فلان وهو أبو قبيلة لايحصون دخل مواليهم فى الوصية مولى الموالاة ومولى العتاقة وحلفاؤهم ، وإن كانوا بنى أب ليس بقبيلة يختصّ ببنى فلان من العرب دون الموالى والحلفاء ، لأنهم إذا لم يحصوا فالمراد بها النسبة وذلك موجود فى الموالى والحلفاء وإذا ذكر البنوّة ممن يحصون فالمراد الأولاد دون النسبة . قال (وإن كان أبا صلب فالوصية للذكور خاصة) عند أبى حنيفة رحمه الله ، وكان يقول أوّلا : هو للذكور والإناث ، وهو قولهما لأنه متى اختلط الذكور والإناث فخطاب الرجال يعمّ الجميع كقولهم : بنو آدم وبنو هاشم . ولأبى حنيفة رحمه الله أن حقيقة اللفظ للذكر خاصة وما ذكره مجاز ، والعمل بالحقيقة أولى . وقال أبو حنيفة رحمه الله : لو لم يكن لفلان ولد لصلبه يعطى ولد ولده من قبل الرجال دون الإناث ، ولا يشترك فى هذا النساء مع الرجال ، إنما هى للرجال خاصة ، بخلاف اسم الولد على ما يأتى إن شاء الله تعالى . قال (ولو أوصى لأيتام بنى فلان أو عميانهم أو زمناهم أو أراملهم وهم يحصون فهى للفقراء والأغنياء ، وإن كانوا لايحصون فللفقراء خاصة) وقد مرّ ، وكذلك إذا أوصى لمجاورى مكة فهى كالوصية للأيتام ؛ واليتيم : كلّ من مات أبوه ولم يبلغ الحلم ، غنيا كان أو فقيرا ؛ والأرملة : كلّ امرأة بالغة فقيرة فارقها زوجها أو مات عنها ، دخل بها أو لم يدخل من قولهم :

أَوْصَى لِوَرَثَةِ فُلَانٍ فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، وَإِنْ قَالَ لِوَلَدِ فُلَانٍ الذَّكَرُ وَالأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ ، وَلَا يَدْخُلُ أَوْلَادُ الابْنِ مَعَ أَوْلَادِ الصُّلْبِ ، وَيَدْخُلُ أَوْلَادُ الابْنِ فِي الوَصِيَّةِ عِنْدَ عَدَمِ وَلَدِ الصُّلْبِ ، وَلَا يَدْخُلُ أَوْلَادُ البَنَاتِ ،

أرمل القوم : إذا فنى زادهم ، ويسمى الذكر أرملا مجازا . قال :

كل الأرامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر (١)

والأيم : كل امرأة لازوج لها وقد جومعت حراما أو حلالا بلغت أولم تبلغ فقيرة أوغنية ، هكذا ذكره محمد رحمه الله ، وقوله حجة فى اللغة . الشاب والفتى من خمسة عشر سنة إلى أن يصير كهلا ، لأنه من شبّ إذا نما وازداد وهو فى النموّ إلى أن يكتهل . والغلام : ما لم يبلغ من الغلمة وهى السكرة والغفلة لأنه ما لم يبلغ كالسكران فى لهوه وصباه . والكهل : من ثلاثين سنة ، فاذا وخطه الشيب فهو شيخ قاله الجوهرى . وعن أبى يوسف ومحمد الكهل من أربعين إلى خمسين إلا إذا غلب الشيب فهو شيخ وعن أبى يوسف إذا بلغ ثلاثين وخالطه شيب فهو كهل ، وإن لم يخالطه فهو شاب ، والعبرة للشيب والشمط (٢) فان الناس تعارفوا ذلك وأطلقوا الاسم عند وجود العلامة . والكهولة من الاكتهال وهو الاكتمال ، ومنه اكتهل الزرع إذا أدرك وابيضّ . والشيخ : من خمسين إلى آخر العمر . قال أبو يوسف : إن كانوا لايحصون إلا بكتاب وحساب فهم لايحصون . وقال محمد : إن كانوا أكثر من مائة لايحصون ، والمختار أن يفوّض الأمر إلى القاضى وهو الأحوط . قال (أوصى لورثة فلان فللذكر مثل حظّ الأنثيين) اعتبارا بالميراث لأن اسم الورثة دلّ عليه (وإن قال لولد فلان الذكر والأنثى فيه سواء) لأنه لادلالة على التفضيل واللفظ يتناول الكلّ لأن الولد اسم لجنس المولود ذكرا كان أو أنثى واحدا أو أكثر ، ويدخل فيه الحمل لأنه ولد حتى ورث (ولا يدخل أولاد الابن مع أولاد الصلب) لأن الولد حقيقة يتناول ولد الصلب ، ولو كان له بنات لصلبه وبنو ابن فالوصية للبنات عملا بالحقيقة (ويدخل أولاد الابن فى الوصية عند عدم ولد الصلب) لأن اسم الولد ينتظم ولد الصلب حقيقة وولد الولد مجازا ، فاذا تعذّرت الحقيقة صرف إلى المجاز تحرّزا عن التعطيل (ولا يدخل أولاد البنات)

(١) قوله كلّ الأرامل ، قال فى لسان العرب : قال ابن جى : قلما يستعمل الأرمل فى المذكر إلا على التشبيه والمغالطة . قال جرير : وساق البيت المذكور . وذكر فى هامش لسان العرب : كلّ الأرامل كذا فى الأصل . وفى شرح القاموس والتكملة والأساس : هذى الأرامل ، فلعلهما روايتان اهـ .

(٢) قوله الشمط ، قال فى مختار الصحاح : الشمط بفتحتين بياض شعر الرأس يخالط سواده .

أَوْصَى لِمَوَالِيهِ فَهِيَ لِمَنْ أَعْتَقَهُ فِي الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ وَلِأَوْلَادِهِمْ ؛ وَلَا يَدْخُلُ مَوَالِي الْمَوَالِي إِلَّا عِنْدَ عَدَمِهِمْ ».

وروى الخصاف عن محمد أنهم يدخلون ، وذكر فى السير الكبير : إذا أخذ أمانا لنفسه ولولده لم يدخل فيه ولد البنات ، وجه رواية الخصاف أن الولد ينسب إلى أبويه حقيقة وينسب إلى جدّه مجازا ، فإذا نسب إلى جدّه أب أبيه بأنه ابنه مجازا ، فكذلك ينسب إلى أب أمه ، ولأن عيسى عليه السلام يقال له ابن آدم ولا ينسب إليه إلا من أمه . وجه الظاهر أن أولاد البنات ينسبون إلى أبيهم ، قال :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

وإذا نسبوا إلى آبائهم لم ينسبوا إلى أب الأم فلا يدخلون فى الوصية له ، ومما يدلّ عليه قوله تعالى - ماكان محمد أبا أحد من رجالكم - ولو كان ولد البنت ينسب إليه لكان أبا للحسن والحسين رضى الله عنهما . قال (أوصى لمواليه فهى لمن أعتقه فى الصحة والمرض ولأولادهم) من الرجال والنساء ، وسواء أعتقه قبل الوصية أو بعدها ، لأن الوصية تتعلق بالموت ، وكلّ واحد من هؤلاء ثبت له الولاء عند الموت فاستحقّ الوصية لوجود الصفة فيه ، وأولادهم أيضا ينسبون إليه بالولاء المعلق بالعتق فيدخلون معهم ، والمدبرون وأمهات الأولاد لايدخلون . وعن أبى يوسف أنهم يدخلون لأنهم استحقوا الحرّية بسبب لايلحقه الفسخ فنسبوا إلى الولاء كالمعتق . وجه الظاهر أن الوصية تستحقّ بالموت وهؤلاء يعتقون عقيب الموت ، ويثبت لهم الولاء بعده ، فحال نفوذ الوصية لم يكونوا موالى فلا يدخلون فيها . ولو قال لعبده : إن لم أضربك فأنت حرّ فمات قبل ضربه دخل فى الوصية لأنه يعتق عند عجزه عن الضرب ، وذلك فى آخر جزء من أجزاء حياته فيستحقّ اسم الولاء عقيب الموت فيدخل فى الوصية . وأما موالى الموالاة قال أبو يوسف : إذا كان الموصى من العرب وله موالى عتاقة وموالى موالاة ، فهم شركاء فى الوصية ، لأن الاسم يشمل الكلّ . وقال محمد فى الجامع الكبير : الوصية لولاء العتاقة وأولادهم دون موالى الموالاة ، لأن ولاء العتاقة بالعتق ، وولاء الموالاة بالعقد فهما معنيان متغايران فلا ينتظمهما لفظ واحد ، ومولى العتاقة ألزم فيحمل عليه ، بخلاف الأولاد لأنهم ينسبون هم والآباء إليه بولاء واحد . قال (ولا يدخل موالى الموالى إلا عند عدمهم) لأنهم موالى غيره حقيقة ، وهم بمنزلة ولد الولد مع ولد الصلب ، فان الموالى حقيقة الذين أوقع عليهم العتق ، وموالى الموالى ينسبون إليه مجازا ، فلا يتناولهم الاسم إلا عند عدم الموالى حقيقة لما مرّ ، فان كان له موليان فالثلث لهما ، لأن اسم الجمع فى الوصايا يحمل على الاثنين فصاعدا لما مرّ .

فإنْ كانَ لَهُ مَوْلى وَاحِدٌ وَمَوْلى مُوَالاة فالنِّصْفُ لِمَوْلاهُ وَالباقي لِوَرَثَتِهِ ؛ وَإنْ كانَ لَهُ مَوَالٍ أعْتَقُوهُ وَمَوَالٍ أعْتَقَهُمْ فَهِيَ باطِلَةٌ .

قال (فان كان له مولى واحد ومولى موالاة فالنصف لمولاه والباقى لورثته) لما بينا أن اسم الجمع يتناول الاثنين فصاعدا ، فيستحق الواحد النصف ويسقط مولى الموالاة لتعذر العمل بالحقيقة والمجاز فيصرف إلى الورثة ، ونظيره الوصية للولد وله ولد واحد وولد ولد ، فللصلبى نصف الثلث والباقى للورثة ، ولا شيء لولد الولد والعلة ما بينا . قال (وإن كان له موال أعتقوه وموال أعتقهم فهى باطلة) لأن اسم الموالى يتناولهما ومعناهما مختلف ، لأن أحدهما أنعم ولآخر أنعم عليه وليس أحدهما أولى من الآخر فتعذر العمل بعموم اللفظ ، لأن الاسم المشترك لاينتظم المعنيين المختلفين فى حالة واحدة فبقى الموصى له مجهولا ؛ وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنها جائزة وتكون للفريقين لأن الاسم ينتظمهما ولا يدخل موالى أبيه . وقال أبو يوسف : يدخلون لأنهم مواليه حكما حتى يرثهم بالولاء فدخلوا تحت الاسم . وجه الظاهر أنه لم يعتقهم فلايكونون مواليه حقيقة ولم ينسبوا إليه بالولاء ، بخلاف ابن المولى فانه ينسب إليه بالولاء بواسطة أبيه وإنما يرثهم بالعصوبة لابالولاء ، بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالولاء .

مسائل منثورة

وصىّ باع ضيعة لليتيم من مفلس يؤجل القاضى المشترى ثلاثة أيام ، فإن نقد الثمن وإلا فسخ البيع نظرا لليتيم . أوصى إلى رجل بأن يضع ثلث ماله حيث أحب ، فله أن يجعله فى نفسه لأنه امتثل أمر الموصى فيجرى على إطلاقه ؛ ولو قال أعطه من شئت لا يعطى نفسه ، لأن الاعطاء لايتحقق إلا بأخذ غيره ، والدفع والأخذ لايتحقق من الواحد ، بخلاف الوضع فانه يتحقق عند نفسه ، ولو قال : تصدق عنى بهذه العشرة على عشرة مساكين فتصدق على مسكين واحد ؛ أو قال تصدق على مسكين واحد فتصدق على عشرة جاز ، لأن الصدقة قربة لله تعالى والمساكين مصارف كالزكاة . وروى الحسن عن أبى حنيفة وابن سماعة عن أبى يوسف أنه لايجوز ، وعن محمد لو أوصى أن يتصدق عنه بهذه الألف أو بهذا الثوب أو بهذا العبد أو يهدى عنه هذه البدنة ليس للوصى أن يتصدق بالقيمة ، والمختار أنه يجوز فيها دفع القيم كما فى الزكاة والصدقة ولو أوصى بأن يتخذ طعاما للناس بعد وفاته ويطعم الذين يحضرون التعزية ثلاثة أيام ، قال الفقيه أبو جعفر : يجوز من الثلث للذين يحضرون التعزية من مكان بعيد ويطول مقامهم عنده ، والأغنياء والفقراء سواء ، ولا يجوز لمن لايطول مقامه ، وإن فعل الوصى من الطعام شيئا كثيرا يضمن ، وإن كان

قليلا لايضمن ؛ وقيل الوصية باطلة ، والوصية بالكفن والدفن وبالنقل من موضع إلى موضع باطلة لأن ولايته فى ماله قد انقطعت بالموت ، ولو أوصى بأن يطين قبره أو تجعل عليه قبة أو يدفع شيئا إلىمن يقرأ عند قبره القرآن فالوصية باطلة لأن عمارة القبور للأحكام مكروه ، وأخذ الشيء للقراءة لايجوز لأنه كالأجرة ، ووصية الذمى للبيعة والكنيسة تجوز.

اعلم أن وصية الذمى إما إن كانت بقربة عندنا وعندهم أو عندهم أو عندنا ، أو لاتكون قربة أصلا ؛ فالأول مثل الوصية لبيت المقدس فى عمارته ودهن مصابيحه ، والوصية للغزاة الذين يقاتلون من خالفهم من أهل الحرب ، فهذه صحيحة لأنها قربة فى الحقيقة وفى معتقدهم ؛ ومثال الثانى أن يوصى بداره لبيعة أو كنيسة ، أو لبناء بيعة أو كنيسة ، أو أوصى أن تذبح خنازيره ويطعم المشركون فإنه يجوز. وقال أبويوسف ومحمد : لايجوز لأن ذلك معصية ، وفى الجواز تقريرها فلا تجوز . ولأبى حنيفة أن ذلك قربة فى معتقدهم وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون ، قال عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » أى يعتقدون فيجوز ذلك بناء على اعتقادهم . وأما قوله بأنه تقرير المعصية فليس بشيء لأن ذلك لو منع لما جاز قبول الجزية لأنه تقرير لكفرهم وبقائهم عليه ؛ ومثال الثالثة الوصية لمساجدنا بالعمارة والحجّ وغير ذلك فهى باطلة نظرا إلى اعتقادهم ؛ ومثال الرابعة الوصية للنوائح والمغنيات فانه لايجوز لأنه معصية عندنا وعندهم وفى جميع الأديان فلا وجه إلى الجواز ، ولو كان لقوم معلومين معينين جاز بطريق التمليك لابطريق الوصية والاستخلاف ، وكذلك الفصل الثالث .

حربىّ دخل دارنا بأمان فأوصى بجميع ماله لمسلم أو ذمى جاز ، لأن عدم الجواز بما زاد على الثلث إنما كان لحقّ الورثة ، ألا ترى أنهم لو أجازوا جاز ، وليس للورثة حقّ محترم لكونهم فى دار الحرب إذ هم كالأموات فى أحكامنا فصار كأن لاوارث له فيصحّ .

كتاب الفرائض

وهى جمع فريضة فعيلة من الفرض ، وهو فى اللغة : التقدير والقطع والبيان . قال تعالى ـ فنصف ما فرضتم ـ أى قدرتم ، ويقال : فرض القاضى النفقة : أى قدرها ، وقال تعالى ـ سورة أنزلناها وفرضناها ـ أى بيناها ، ويقال : فرضت الفأرة الثوب : إذا قطعته . والفرض فى الشرع : ما ثبت بدليل مقطوع به كالكتاب والسنة المتواترة والإجماع ، وسمى هذا النوع من الفقه فرائض لأنه سهام مقدرة مقطوعة مبينة ثبتت بدليل مقطوع به فقد اشتمل على المعنى اللغوى أو الشرعى ، وإنما خصّ بهذا الاسم لوجهين : أحدهما أن

يُبْدَأُ مِنْ تَرِكَةِ المَيِّتِ بِتَجْهِيزِهِ وَدَفْنِهِ عَلَى قَدْرِهَا ثُمَّ تُقْضَى دُيُونُهُ، ثُمَّ تُنَفَّذُ وَصَايَاهُ مِنْ ثُلُثِ مالِهِ، ثُمَّ يُقْسَمُ البَاقِي بَيْنَ وَرَثَتِهِ،

الله تعالى سماه به، فقال بعد القسمة - فريضة من الله - والنبيّ عليه الصلاة والسلام أيضا سماه به فقال « تعلموا الفرائض » والثانى أن الله تعالى ذكر الصلاة والصوم وغيرهما من العبادات مجملا ولم يبين مقاديرها، وذكر الفرائض وبين سهامها وقدرها تقديرا لايحتمل الزيادة والنقصان، فخصّ هذا النوع بهذا الاسم لهذا المعنى، والإرث فى اللغة البقاء، قال عليه الصلاة والسلام « إنكم على إرث من إرث أبيكم إبراهيم » أى على بقية من بقايا شريعته، والوارث الباقى وهو من أسماء الله تعالى: أى الباقى بعد فناء خلقه، وسمى الوارث لبقائه بعد المورث. وفى الشرع: انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة، فكأن الوارث لبقائه انتقل إليه بقية مال الميت. ومن شرف هذا العلم أن الله تولى بيانه وقسمته بنفسه وأوضحه وضوح النهار بشمسه فقال - يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظّ الأنثيين - إلى آخر الآيتين، وقال سبحانه - يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة - إلى آخر الآية، فبين فيها أهمّ سهام الفرائض ومستحقيها، والباقى يعرف بالاستنباط لمن تأمل فيها، والنبيّ عليه الصلاة والسلام أمر بتعليمها وحض عليه فقال « تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإنها نصف العلم، وإنها أوّل علم يدرس » وفى رواية « أوّل علم ينتزع من أمتى » والأحاديث والآثار فى فضله كثيرة.

قال (يبدأ من تركة الميت بتجهيزه ودفنه على قدرها، ثم تقضى ديونه، ثم تنفذ وصاياه من ثلث ماله، ثم يقسم الباقى بين ورثته) فهذه الحقوق الأربعة تتعلق بتركة الميت على هذا الترتيب. أما البداية بتجهيزه ودفنه فلأن اللباس وستر العورة من الحوائج اللازمة الضرورية وأنها مقدّمة على الديون والنفقات وجميع الواجبات فى حالة الحياة، فكذا بعد الممات وبالإجماع إلا حقا تعلق بعين كالرهن والعبد الجانى، فان المرتهن ولىّ الجناية أولى به من تجهيزه، لأنهما أحقّ بذلك فى حال الحياة من الحوائج الأصلية كستر العورة والطعام والشراب، فكذا بعد وفاته، ويكفن فى مثل ما كان يلبسه من الثياب الحلال حال حياته على قدر التركة من غير تقتير ولا تبذير اعتبارا لإحدى الحالتين بالأخرى، ويقدم على الوصية، لأن الوصية تبرّع واللازم أولى، وعلى الورثة لأن المال إنما ينتقل إليهم عند غنائه، ألا ترى أن حال حاجته وهى مدّة حياته لاينتقل إليهم؟ قال عليه الصلاة والسلام « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ثم تقضى ديونه من جميع ما بقى من ماله لقوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - وأنه يقتضى تأخر القسمة عن الدين والوصية، ولا يقتضى تقدّم أحدهما على الآخر، فان من قال: أعط زيدا بعد عمرو أو بكر لايقتضى

وَيُسْتَحَقّ الإِرْثُ بِرَحِمٍ وَنِكاحٍ وَوَلاءٍ ، وَالمُسْتَحِقُّونَ لِلتَّرِكَةِ عَشَرَةُ أَصْنافٍ مُرَتَّبَةٌ : ذَوُو السِّهامِ ثُمَّ العَصَباتُ النَّسَبِيَّةُ ثُمَّ السَّبَبِيَّةُ وَهُوَ المُعْتِقُ ، ثُمَّ عَصَبَتُهُ ، ثُمَّ الرَّدُّ ، ثُمَّ ذَوُو الأَرْحامِ ، ثُمَّ مَوْلَى المُوالاةِ ، ثُمَّ المُقَرُّ لَهُ بِنَسَبٍ لَمْ يَثْبُتْ ، ثُمَّ المُوصَى لَهُ بِما زادَ عَلَى الثُّلُثِ ، ثُمَّ بَيْتُ المالِ . وَالمانِعُ مِنَ الإِرْثِ : الرِّقّ وَالقَتْلُ وَاخْتِلافُ المِلَّتَيْنِ ، وَاخْتِلافُ الدّارَيْنِ حُكْماً .

تقدم أحدهما على الآخر لكن يقتضى تأخر زيد عنهما فى الإعطاء فكانت الآية مجملة ، وقد بلغنا أن النبيّ عليه الصلاة والسلام قدم الدّين على الوصية فكان بيانا لحكم الآية ، رواه عنه علىّ رضى الله عنه ، ولأن الدين مستحقّ عليه ، والوصية تستحقّ من جهته ، والمستحقّ عليه أولى لأنه مطالب به ، لأن فراغ ذمته من أهم حوائجه ، قال عليه الصلاة والسلام « الدين حائل بينه وبين الجنة » ولأن أداء الفرائض أولى من التبرّعات ، ثم تنفذ وصاياه من ثلث ماله بعد قضاء الدين ، فان كانت الوصية بعين تعتبر من الثلث وتنفذ ، وإن كانت بجزء شائع كالثلث والربع فالموصى له شريك الورثة يزداد نصيبه بزيادة التركة وينقص بنقصانها فيحسب المال ويخرج نصيب الوصية كما يخرج نصيب الوارث وتقدم على قسمة التركة بين الورثة لما تلونا ، فإن اللفظ يقتضى تأخر القسمة عن الدين والوصية عملا بكلمة « بعد » ثم يقسم الباقى بين ورثته على فرائض الله تعالى للآيات الثلاث . قال (ويستحقّ الإرث برحم ونكاح وولاء) أما الرحم والنكاح فبالكتاب والإجماع ، وأما الولاء فلما يأتى إن شاء الله تعالى (والمستحقون للتركة عشرة أصناف مرتبة : ذوو السهام ، ثم العصبات النسبية ، ثم السببية وهو المعتق ، ثم عصبته ، ثم الردّ ، ثم ذوو الأرحام ، ثم مولى الموالاة ، ثم المقرّ له بنسب لم يثبت) وقد ذكر فى الإقرار (ثم الموصى له بما زاد على الثلث) وقد مرّ فى الوصايا (ثم بيت المال) لأن المال متى خلا عن مستحقّ ومالك فمصرفه بيت المال كاللقطة والضالّ ، وسنذكر لكل صنف فصلا نبين فيه حكمه إن شاء الله تعالى . قال (والمانع من الإرث : الرقّ والقتل ، واختلاف الملتين ، واختلاف الدارين حكما) على ما يأتيك بتوفيق الله تعالى .

فصل : فى ذوى السهام

وهم أصحاب الفروض ، وهم كل من كان له سهم مقدّر فى كتاب الله تعالى أو فى سنة رسوله عليه الصلاة والسلام أو بالإجماع ، ويبدأ بهم ، لقوله عليه الصلاة والسلام « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلأولى عصبة ذكر » وهم اثنا عشر نفرا : عشرة من النسب ، واثنان من السبب . أما العشرة من النسب : فثلاثة من الرجال ، وسبعة من النساء :

. . . .

ـ أما الرجال فالأول الأب ، وله ثلاثة أحوال : الفرض المحض ، وهو السدس مع الابن وابن الابن وإن سفل ، قال الله تعالى ـ ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ـ والتعصيب المحض ، وذلك عند عدم الولد وولد الابن ، قال تعالى ـ فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ـ فعلمنا أن الباقى للأب وهو آية العصوبة والتعصيب والفرض ، وذلك مع البنت وبنت الابن فله السدس بالفرض ، والنصف للبنت ، أو الثلثان للبنتين فصاعدا والباقى له بالتعصيب لقوله عليه الصلاة والسلام « فما أبقت فلأولى عصبة ذكر » والثانى الجد ، والمراد الجد الصحيح وهو الذى لايدخل فى نسبته إلى الميت أنثى ، وهو بمنزلة الأب عند عدمه على ما يذكر فى بابه إن شاء الله تعالى ، ولأن اسم الأب ينطلق عليه ، قال تعالى خبرا عن يوسف عليه السلام ـ واتبعت ملة آبائى إبراهيم وإسحق ـ وإسحق جده وإبراهيم جد أبيه . والثالث الأخ لأم وله السدس وللإثنين فصاعدا الثلث وإن اجتمع الذكور والإناث استووا فى الثلث ، قال تعالى « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث ـ وقرأ أبى وسعد بن أبى وقاص ـ وله أخ أو أخت لأم ـ وقراءتهما كروايتهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فألحق بيانا له ، وعليه إجماع الصحابة رضى الله عنهم .

وأما النساء فالأولى البنت ولها النصف إذا انفردت ، وللبنتين فصاعدا الثلثان ، قال تعالى ـ فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف ـ . قال عامة المفسرين : المراد الثنتان فصاعدا ، وفى الآية تقديم وتأخير تقديره : وإن كن نساء اثنتين فما فوقهما ، ونظيره قوله تعالى ـ فاضربوا فوق الأعناق ـ أى الأعناق فما فوقها ، وقيل فوق زائدة فى الآيتين ، وعلى ذلك عامة العلماء ، إلا ما روى عن ابن عباس أنه قال : للواحدة النصف ، وللثنتين النصف ، وما زاد فلهن الثلثان عملا بظاهر اللفظ ، وجوابه أنه احتمل أن يراد ما ذكر ، واحتمل ما ذكرنا فوقع الشك فاحتجنا إلى مرجح من خارج وهو معنا فى صريح السنة ، وهو ما روى أن سعد بن الربيع استشهد يوم أحد وترك ابنتين وأخا وامرأة ، فأخذ أخوه المال وكان إذ ذاك يرث الرجال دون النساء ، فجاءت زوجته إلى النبى عليه الصلاة والسلام وقالت : يا رسول الله إن هاتين ابنتا سعد قتل يوم أحد وأخذ عمهما المال ولا ينكحان إلا ولهما مال ، فقال عليه الصلاة والسلام : ارجعى فلعل الله تعالى أن يقضى فى ذلك فنزلت هذه الآية ، فبعث عليه الصلاة والسلام إلى عمهما أن أعطهما ثلثى المال ولأمهما ثمنه والباقى لك فكانت أول ميراث قسم فى الإسلام ، ولأن البنت تستحق الثلث مع الابن وهو أقوى حالا منها فلأن تستحقه مع البنت وهى مثلها

. . . .

في القوة والاستحقاق كان أولى ، ولأنا أجمعنا على أن الأختين يستحقان الثلثين ، فلأن يستحقهما البنتان وهما أقرب وألزم كان أولى .

الثانية بنت الابن وللواحدة النصف وللثنتين فصاعدا الثلثان ، فهن كالصلبيات عند عدم ولد الصلب ، لأن اسم الولد ينطلق عليهن حقيقة وشرعا ، فإنه كان السبب في توليدهن إلا أن أولاد الابن يدلون إلى الميت بالابن وبسببه يرثون فيحجبون به كالجد مع الأب والجدات مع الأم ، ولا يلزم أولاد الأم حيث يرثون مع الأم وإن كانوا يدلون بها ، لأن السبب مختلف فإن الأم ترث بالأمومة وهم بالأخوة ولأنها تستحق جميع التركة ، وللواحدة فصاعدا من بنات الابن السدس مع الصلبية تكملة الثلثين لما روى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في بنت وبنت ابن وأخت للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين وللأخت الباقي » وبنت ابن الابن مع بنت الابن كبنت الابن مع الصلبية ، وإذا استكملت البنات الثلثين سقط بنات الابن ، لأن حق البنات في الثلثين بنص الكتاب ، وبنات الابن يرثن بالبنتية عند عدم ولد الصلب ، فإذا استكملت الصلبيات الثلثين لم يبق لجهة البنتية نصيب فسقط بنات الابن ، إلا أن يكون في درجتهن أو أسفل منهن ذكر فيعصبهن فيكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين . مثاله بنتان وبنت ابن للبنتين الثلثان ، ولا شيء لبنت الابن ؛ وإن كان مع بنت الابن أخوها أو ابن عمها فللبنتين الثلثان ولبنت الابن وأخيها أو ابن عمها الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين .

بنتان وبنت ابن وبنت ابن ابن وابن ابن ابن ، للبنتين الثلثان والباقي بين بنت الابن ومن دونها للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ ولو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن بعضهن أسفل من بعض ، وثلاث بنات ابن ابن ابن بعضهن أسفل من بعض ، وصورته إذا كان لابن الميت ابن وبنت ، ولابن ابنه ابن وبنت ، ولابن ابن ابنه ابن وبنت ، فمات البنون وبقي البنات ، وكذلك ثلاث بنات ابن ابن ابن ، وهذه صورتها :

ميـــــــــــت

ابن	ابن	ابن
ابن بنت	ابن	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن بنت
	ابن بنت	ابن بنت
		ابن بنت

فالعليا من الفريق الأول لايوازيها أحد ، والوسطى من الفريق الأول توازيها العليا من الفريق الثاني والسفلى من الفريق الأول توازيها الوسطى من الفريق الثاني ، والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الثاني توازيها الوسطى من الفريق الثالث . والسفلى من الفريق الثالث لايوازيها أحد ، فللعليا من الفريق الأول النصف والسدس تكملة الثلثين للوسطى من

. . . .

الفريق الأوّل ، والعليا من الفريق الثانى لاستوائهما فى الدرجة ولا شىء للباقيات ، فان كان مع العليا من الفريق الأوّل غلام فالمال بينه وبينها للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط الباقيات ، وإن كان مع الوسطى من الفريق الأوّل غلام فالنصف للعليا من الفريق الأوّل ، والباقى بين الغلام ومن فى درجته للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن كان مع السفلى من الفريق الأوّل فالنصف للعليا من الفريق الأوّل والسدس للوسطى منه مع من يوازيها تكملة الثلثين والباقى بين الغلام ومن يوازيه للذكر مثل حظّ الأنثيين وسقط الباقيات وإن كان مع السفلى من الفريق الثانى فالنصف للعليا من الفريق الأوّل ، والسدس تكملة الثلثين للوسطى منه ولمن يوازيها ، والباقى بين الغلام ومن يوازيه ومن هو أعلى منه ممن لافرض له للذكر مثل حظّ الأنثيين وسقط الباقيات وعلى هذا .

والأصل فى هذا أن بنت الابن تصير عصبة بابن الابن سواء كان فى درجتها أو أسفل منها إذا لم تكن صاحبة فرض ، لأن الجارية التى توازى الغلام إنما ورثت بسبب الغلام بعد استكمال الصلبيات الثلثين لأنها لولاه لما ورثت ، فلأن ترث بسبب جارية أقرب منه إلى الميت كان أولى . وأما صاحبة الفرض فقد استقلت بالفرض فلا تصير تابعة لمن هو أسفل منها فى الاستحقاق ، وهذا الفصل يسمى التشبيب ، إما لأن التشبيب الوصف والبيان ، ومنه التشبيب فى الشعر لأنه ذكر وصف النساء وبيان صفاتهن ، أو لترتيب درجات بنات الابن بلتا تحت بنت كأنجاش الشبابة (١) ، وهذه نبذة منه ، والباقى يعرف بالتأمل ، والقياس عليه .

والثالثة الأمّ ، ولها ثلاثة أحوال : السدس مع الولد وولد الابن واثنين من الإخوة والأخوات من أىّ جهة كانوا ، والثلث عند عدم هؤلاء ، قال تعالى ـ ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس ـ وقال ابن عباس : إنما يحجبها من الثلث إلى السدس ثلاثة من الإخوة

---

(١) قوله كأنجاش الشبابة ، كذا بالأصل الذى بأيدينا ، وفى نسخة أخرى : كأنجاش الشابة ، وعبارة الزيلعى : وهذا النوع من المسائل يسمى فى عرف الفرضيين تشبيب بنات الابن إذا ذكرن مع اختلاف الدرجات ، وهو إما مشتقّ من قولهم : شبب فلان بفلانة : إذا أكثر ذكرها فى شعره ، وتشبيب القصيدة تحسينها وتزيينها بذكر النساء ، أو من شبّ النار إذا أوقدها ، لأن فيه تزكية للخواطر ، أو من شبّ الفرس يشبّ ، ويشبّ شبابا : إذا رفع يديه جميعا ، أو أشببته أنا إذا هيجته لذلك لأنه خروج وارتفاع من درجة إلى أخرى كخال الفرس فى نزواته : أى وثباته اهـ .

. . . . :

فصاعدا نظرا إلى لفظ الجمع ، وجوابه أن الجمع يذكر بمعنى التثنية ، قال تعالى ـ فقد صغت قلوبكما ـ ولأن الجمع من الاجتماع وأنه يتحقق باجتماع الاثنين . وروى أن ابن عباس قال لعثمان رضى الله عنهما : إن الله تعالى حجب بالإخوة ، والاثنان فى اللسان ليسا بإخوة فقال : قد كان ذلك قبلى فلا أستطيع أن أدرأه ، فدلّ أنه كان إجماعا . وثلث ما يبقى بعد فرض الزوج والزوجة فى مسئلتين : زوج وأبوان ، أو زوجة وأبوان لها فى المسئلة الأولى السدس وفى الثانية الربع ، وتسميان العمريتين ، لأن عمر رضى الله عنه أوّل من قضى فيهما ، وخالف ابن عباس فيهما جميع الصحابة فقال : لها الثلث نظرا إلى قوله تعالى ـ فلأمه الثلث ـ ولنا قوله تعالى ـ وورثه أبواه فلأمه الثلث ـ جعل لها ثلث مايرثه الأبوان ، وإنما يرثان فى هاتين المسئلتين الباقى بعد فرض الزوجين فيكون لها ثلثه وهو ما ذكرنا ، ولأنا لو أعطيناها ثلث الكلّ أدّى إلى تفضيل الأنثى على الذكر مع استوائهما فى سبب الاستحقاق والقرب وأنه خلاف الأصول ، ولو كان مكان الأب جدّ فى المسئلتين فلها الثلث كاملا ، وفيه رواية أخرى تأتى فى باب الجدّ إن شاء الله تعالى ، ووجهه أنها أقرب من الجدّ لأنها تدلى إلى الميت بغير واسطة والجدّ يدلى بواسطة الأب ، والتفاضل يجوز عند اختلاف القرب كزوجة وأخت لأبوين وأخ لأب ، للزوجة الربع ، وللأخت النصف ، وللأخ ما بقى وهو الربع .

والرابعة الجدّة الصحيحة كأمّ الأمّ وإن علت ، وأمّ الأب وإن علا وكل من يدخل فى نسبتها أب بين أمين فهى فاسدة ، وللواحدة الصحيحة السدس لما روى : أن جدّة أم أم جاءت إلى أبى بكر رضى الله عنه وطلبت ميراثها فقال : لاأجد لك فى كتاب الله شيئا ولم أسمع فيك من رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجعى حتى أسأل لك أصحابى أو أرى فيك رأيى ، فصلى الظهر ثم خطب فقال : هل سمع أحد منكم شيئا فى الجدة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقام المغيرة بن شعبة رضى الله عنه فقال : أشهد أنى أشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى للجدة السدس ، وفى رواية : أطعم الجدة السدس ، فقال : هل معك شاهد آخر ؟ فقال محمد بن مسلمة : أنا أشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم بمثل ما شهد به المغيرة ، فقضى لها بالسدس . وجاءت أمّ أب فى زمن عمر رضى الله عنه فقضى لها بالسدس ، ولو اجتمعن وتحاذين فلهنّ السدس أيضا ، لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أطعم ثلاث جدّات السدس » رواه الطحاوى ، وتمامه يذكر فى فصل الجدّات إن شاء الله تعالى .

الخامسة الأخوات لأب وأم ، للواحدة النصف ، وللثنتين فصاعدا الثلثان ، لقوله تعالى

. . . .

ـ إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ـ ثم قال ـ فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك » .

السادسة : الأخوات لأب ، وهن كالأخوات لأبوين عند عدمهن ، لأن اسم الأخت فى الآية يتناول الكل ، إلا أن الإخوة والأخوات لأبوين يقدمون لقوة القرابة لأنهم يدلون بجهتين ، وعند عدمهم جرينا على قضية النص وللواحدة فصاعدا من الأخوات لأب السدس مع الأخت لأبوين تكملة الثلثين ، وهن مع الأخوات لأبوين كبنات الابن مع الصلبيات فيحجبون بالأخ من الأبوين وبالأخ والأخت ، ولا يحجبون بالأخت الواحدة كما تقدم . وإذا استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين سقط الأخوات من الأب ، إلا أن يكون معهن أخ فيعصبهن ، والوجه فيه مامر فى بنات الابن .

السابعة : الأخوات لأم ، فللواحدة السدس ، وللثنتين فصاعدا الثلث ، وتمامه مر فى الأخ لأم . وأما الاثنان من السبب فالزوج والزوجة ، فللزوج النصف عند عدم الولد وولد الابن ، والربع مع الولد أو ولد الابن ، وللزوجة الربع عند عدمهما ، والثمن مع أحدهما بذلك نطق صريح الكتاب ، والزوجات والواحدة يشتركن فى الربع والثمن لقوله تعالى ـ فلهن ـ وهو اسم جمع وعليه الإجماع .

فصـــل

ومن اجتمع فيه قرابتان : لو تفرقتا فى شخصين ورثا ورث بهما ويجعل كشخصين إذ كل واحدة مستقلة فى سبب الاستحقاق . مثاله : ماتت عن زوج وهو ابن عمها النصف له بالزوجية والباقى بالعمومة . ماتت عن ابنى عم أحدهما أخ لأم فللأخ السدس بالأخوة والباقى بينهما بالعمومة ولو ماتت عن ابنى عم أحدهما زوج فللزوج النصف والباقى بينهما بالعمومة . مات عن أختين إحداهما معتقة ، فالثلثان بينهما بالأخوة والباقى للمعتقة وهذا بالإجماع .

أما الجدات ، قال أبو يوسف : يقسم بينهما باعتبار الأبدان ، وعند محمد باعتبار الجهات . مثاله : جدتان إحداهما لها قرابتان كأم أم الأم وهى أم أب أب ، والأخرى لها قرابة واحدة كأم أم الأب فالسدس بينهما نصفان عند أبى يوسف وعند محمد أثلاثا . وصورته : امرأة تزوج ابن ابنها بنت بنتها فأولدها ابنا فهذه أم أم أم هذا الابن وهى أم أب أبيه ؛ وكذا لو تزوج ابن بنتها بنت بنت لها أخرى فأولدها ابنا كانت أم أم أمه وأم أم أبيه ، فان تزوج هذا الابن بنت بنت بنت لها أخرى فأولدها ابنا صارت أم أم أم أمه وأم أم أم

وَالسِّهامُ المَفْرُوضَةُ فى كِتابِ اللهِ تَعالى : الثُّمُنُ وَالسدُسُ ، وَتَضْعِيفُهُما مَرَّتَيْنِ ، فالثُّمُنُ ذَكَرَهُ اللهُ تَعالى فِى فَرْضِ الزَّوْجَةِ ، وَالرُّبُعُ فِى فَرْضِها وَفَرْضِ الزوْجِ ، وَالنصْفُ فى فَرْضِ الزَّوْجِ وَالبِنْتِ وَالأُخْتِ ، وَالسُّدُسُ فِى فَرْضِ الأُمِّ وَالأَبِ وَالوَاحِدِ مِنْ وَلَدِ الأُمِّ ، وَالثُّلُثُ فى فَرْضِ الأُمِّ وَالإِخْوَةِ لِأُمٍّ ، وَالثُّلُثانِ لِلْبَنَاتِ وَالأَخَوَاتِ .

فصل فى العصبات

وَهُمْ نَوْعانِ : عَصَبَةٌ بِالنَّسَبِ ، وَعَصَبَةٌ بالسَّبَبِ .أَمَّا النَّسَبِيَّةُ فَثَلاثَةُ أَنْوَاعٍ : عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ ، وَهُوَ كُلُّ ذَكَرٍ لايَدْخُلُ فِى نِسْبَتِهِ إلى المَيِّتِ أنثَى وأَقْرَبُهُمْ جُزْءُ المَيِّتِ ، وَهُمْ بَنُوهُ

أبيه ، فيكون لها ثلاث جهات ؛ ولو تزوّج هذا الابن بنت بنت بنت لها أخرى، فأولدها ابنا كانت جدّة له من أربع جهات ، وعلى هذا يمكن تكثير الجهات .

فصـــل

(والسهام المفروضة فى كتاب الله تعالى : الثمن والسدس وتضعيفهما مرّتين) فتصير ستة لأن تضعيف الثمن الربع ، وتضعيف الربع النصف ، وتضعيف السدس الثلث ، وتضعيف الثلث الثلثان (فالثمن ذكره الله تعالى فى فرض الزوجة ، والربع فى فرضها وفرض الزوج ، والنصف فى فرض الزوج والبنت والأخت، والسدس فى فرض الأم والأب والواحد من ولد الأم ، والثلث فى فرض الأم والإخوة لأم ، والثلثان للبنات والأخوات) وأما الكلّ فانه ذكره فى موضعين : أحدهما نصا ، وهو قوله تعالى ـ وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ـ والثانى ذكره اقتضاء وهو قوله تعالى ـ وإن كانت واحدة فلها النصف ـ فيكون للابن الكلّ ضرورة واقتضاء ، والثابت اقتضاء كالنصّ ، فهذه سهام الفرائض لاتخرج عنها فريضة إلا عند العول والرد على ما يأتيك فى موضعه ، وقد ذكرنا المستحقين لهذه السهام وحالاتهم .

فصل فى العصبات

وهم كل من ليس له سهم مقدر ويأخذ ما بقى من سهام ذوى الفروض ، وإذا انفرد أخذ جميع المال (وهم نوعان : عصبة بالنسب وعصبة بالسبب . أما النسبية فثلاثة أنواع : عصبة بنفسه ، وهو كل ذكر لايدخل فى نسبته إلى الميت أنثى وأقربهم جزء الميت وهم بنوه

ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا ، ثُمَّ أَصْلُهُ وَهُوَ الأبُ ، ثُمَّ الجَدُّ ، ثُمَّ جُزْءُ أَبِيهِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ ، ثُمَّ جُزْءُ جَدِّهِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ ، ثُمَّ أَعْمَامُ الأبِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ ، ثُمَّ أَعْمَامُ الجَدِّ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَهَكَذَا . وَعَصَبَةٌ بِغَيْرِهِ ، وَهُمْ أَرْبَعٌ مِنَ النِّسَاءِ يَصِرْنَ عَصَبَةً بِإِخْوَتِهِنَّ ، فَالبَنَاتُ بِالابْنِ ، وَبَنَاتُ الابْنِ بِابْنِ الابْنِ ، وَالأَخَوَاتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ بِأَخِيهِنَّ ، وَالأَخَوَاتُ لِأَبٍ بِأَخِيهِنَّ .

قال تعالى ـ ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ـ قدم الابن فى التعصيب على الأب فيكون مقدما على من بعده بطريق الأولى (ثم بنوهم وإن سفلوا) لدخولهم فى اسم الولد . روي عن أبي بكر وعليّ وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت رضى الله عنهم أنهم قالوا : أقرب العصبات الابن ثم ابن الابن ، والأب وإن كان أقرب من ابن الابن فهو صاحب فرض مع الابن وبنيه ، والمعتبر فى الترجيح الاستحقاق بجهة التعصيب لا بالفرض كابن الأخ لأب يرث مع الأخت لأبوين وإن كانت أقرب وأقوى جهة (ثم أصله وهو الأب) لقوله تعالى ـ وورثه أبواه فلأمه الثلث ـ يعنى الباقى للأب فثبت أنه أحقّ بالتعصيب من الجد والإخوة ولأن من بعده يدلى به (ثم الجد) وفيه خلاف يأتى فى بابه إن شاء الله تعالى (ثم جزء أبيه) وهم الإخوة لقوله تعالى ـ وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ـ جعله أولى بجميع المال فى الكلالة وهو الذى لا ولد له ولا والد (ثم بنوهم ثم جزء جده) وهم الأعمام (ثم بنوهم ثم أعمام الأب ثم بنوهم ثم أعمام الجد ثم بنوهم وهكذا) لأنهم فى القرب والدرجة على هذا الترتيب ، فيكونون فى الميراث كذلك كما فى ولاية الإنكاح ، وإذا اجتمعت العصبات فإنه يورّث الأقرب فالأقرب لقوله عليه الصلاة والسلام « فلأولى عصبة ذكر » ولأن علة الاستحقاق القرب والعلية فى الأقرب أكثر فتقدم كما فى النكاح . وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه جعل المال للأخ لأب وأم ، ثم للأخ لأب ، ثم لابن الأخ لأب وأم ، ثم لابن الأخ لأب وساق ذلك فى العمومة » ومن كان منهم لأبوين أولى ممن كان لأب لأنه أقوى قرابة حيث يدلى بجهتين الأب والأم ، ولما تقدم من الحديث ولقوله عليه الصلاة والسلام «إن أعيان بنى الأب والأم يتوارثون دون بنى العلات » وإذا اجتمع جماعة من العصبة فى درجة واحدة يقسم المال عليهم باعتبار أبدانهم لا باعتبار أصولهم . مثاله : ابن أخ وعشرة بنى أخ آخر ، أو ابن عم وعشرة بنى عم آخر ، المال بينهم على أحد عشر سهما لكل واحد سهم (وعصبة بغيره وهم أربع من النساء يصرن عصبة باخوتهن ، فالبنات بالابن وبنات الابن بابن الابن) لقوله تعالى ـ يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظّ الأنثيين ـ (والأخوات لأب وأم بأخيهن ، والأخوات لأب بأخيهن) لقوله تعالى ـ وإن

وَعَصَبَةٌ مَعَ غَيْرِهِ ، وَهُمُ الأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ يَصِرْنَ عَصَبَةً مَعَ البَنَاتِ وَبَنَاتِ الاِبْنِ . وَعَصَبَةُ وَلَدِ الزِّنَا وَوَلَدِ المُلاعَنَةِ مَوَالِى أُمِّهِمَا ، وَالمُعْتِقُ عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ ثُمَّ عَصَبَتُهُ عَلَى التَّرْتِيبِ وَهُوَ آخِرُ العَصَبَاتِ.

فصل الحجب

سِتَّةٌ لا يُحْجَبُونَ أَصْلاً : الأَبُ وَالاِبْنُ وَالزَّوْجُ وَالأُمُّ وَالبِنْتُ وَالزَّوْجَةُ ، وَمَنْ عَدَا هَؤُلاءِ فَالأَقْرَبُ يَحْجُبُ الأَبْعَدَ ،

كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين - (وعصبة مع غيره وهم الأخوات لأبوين أو لأب يصرن عصبة مع البنات وبنات الابن) لما تقدم من حديث ابن مسعود ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة » . مثاله : بنت وأخت لأبوين وأخ أو إخوة لأب فالنصف للبنت والنصف للأخت ولا شيء للإخوة ، لأنها لما صارت عصبة صارت كالأخ من الأبوين (وعصبة ولد الزنا وولد الملاعنة موالى أمهما) لأنه لا أب له ، والنبيّ عليه الصلاة والسلام ألحق ولد الملاعنة بأمه فصار كشخص لا قرابة له من جهة الأب فيرثه قرابة أمه ويرثهم ، فلو ترك بنتا وأما والملاعن ، فللبنت النصف وللأم السدس والباقى يردّ عليهما كأن لم يكن له أب ، وكذلك لو كان معهما زوج أو زوجة أخذ فرضه والباقى بينهما فرضا وردّا ، ولو ترك أمه وأخاه لأمه وابن الملاعن فلأمه الثلث ولأخيه لأمه السدس والباقى يردّ عليهما ولا شيء لابن الملاعن لأنه لا أخ له من جهة الأب ، ولو مات ولد ابن الملاعنة ورثه قوم أبيه وهم الإخوة ولا يرثونه قوم جده وهم الأعمام وأولادهم ، وبهذا يعرف بقية مسائله ، وهكذا ولد الزنا إلا أنهما لا يفترقان فى مسألة واحدة وهو أن ولد الزنا يرث من توأمه ميراث أخ لأم ، وولد الملاعنة يرث التوءم ميراث أخ لأب وأم . (و) أما العصبة بسبب (المعتق) وهو (عصبة بنفسه ثم عصبته على) ما ذكرنا من (الترتيب وهو آخر العصبات) لأن عصوبتهم حقيقية وعصوبته حكمية . قال عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمة كلحمة النسب » ولأنه أحياه معنى بالإعتاق فأشبه الولادة وتمامه يأتى فى فصله إن شاء الله تعالى .

فصل الحجب

وهو نوعان : حجب نقصان ، وحجب حرمان ، فحجب النقصان هو الحجب من سهم وقد تقدم . وأما حجب الحرمان فنقول (ستة لا يحجبون أصلا : الأب والابن والزوج والأم والبنت والزوجة) لأن فرضهم ثابت بكلّ حال لثبوته بدليل مقطوع به وهو ما تلونا من صريح الكتاب (ومن عدا هؤلاء فالأقرب يحجب الأبعد) كالابن يحجب أولاد الابن.

وَمَنْ يُدْلِى بِشَخْصٍ لايَرِثُ مَعَهُ إلاَّ أوْلادَ الأُمِّ ، وَالمَحْرُومُ لاَيَحْجُبُ كالكافِرِ وَالقاتِلِ وَالرَّقِيقِ ، وَالمَحْجُوبُ يَحْجُبُ كالإخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ يَحْجُبُهُمْ الأبُ ، وَيَحْجُبُونَ الأُمَّ مِنَ الثُّلُثِ إلى السُّدُسِ ، وَيَسْقُطُ بَنُو الأعْيانِ بالابْنِ وَابْنِهِ وَبالأبِ ، وفي الجَدِّ خِلافٌ ، وَيَسْقُطُ بَنُو العَلاَّتِ بِهِمْ وَبِهَؤُلاءِ ، وَيَسْقُطُ بَنُو الأخْيافِ بالوَلَدِ وَوَلَدِ الابْنِ وَالأبِ وَالجَدِّ ،

والأخ لأبوين يحجب الإخوة لأب (ومن يدلى بشخص لايرث معه إلا أولاد الأم) وقد تقدم وجهه .

أمثلة ذلك : زوج وأخت لأبوين وأخت لأب ، للزوج النصف ، وللأخت لأبوين النصف ، وللأخت لأب السدس تكملة الثلثين ، أصلها من ستة تعول إلى سبعة ، فان كان مع الأخت لأب أخ عصبها فلا ترث شيئا فهذا الأخ المشئوم . زوج وأبوان وبنت وبنت ابن أصلها من اثنى عشر وتعول إلى خمسة عشر للزوج الربع ثلاثة ، وللأبوين السدسان أربعة ، وللبنت النصف ستة ، ولبنت الابن السدس سهمان ، ولوكان مع بنت الابن ابن عصبها فسقطت وتعول إلى ثلاثة عشر ، وهذا أيضا أخ مشئوم . أختان لأبوين وأخت لأب فالمال للأختين فرضا وردا ، ولا شيء للأخت لأب ، فان كان معها أخوها عصبها فلهما الباقي وهو الثلث للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهذا الأخ المبارك (والمحروم لايحجب كالكافر والقاتل والرقيق) لانقصانا ولا حرمانا ، لأنهم لايرثون لعدم الأهلية ، والعلة تنعدم لفقد الأهلية وتفوت بفوات شرط من شرائطها كبيع المجنون ، وإذا انعدمت العلية فى حقهم التحقوا بالعدم فى باب الإرث . وعن ابن مسعود رضى الله عنه : أنه يحجب حجب نقصان ويظهر ذلك فى مسائل العول (والمحجوب يحجب كالإخوة ، والأخوات يحجبهم الأب ، ويحجبون الأم من الثلث إلى السدس) لأن علة الاستحقاق موجودة فى حقهم ، لكن امتنع بالحاجب وهو الأب فجاز أن يظهر حجبها فى حق من يرث معها (ويسقط بنو الأعيان) وهم الإخوة لأبوين (بالابن وابنه وبالأب ، وفى الجد خلاف) لأنهم أقرب (ويسقط بنو العلات) وهم الإخوة لأب (بهم وبهؤلاء) لما بينا وبالحديث (ويسقط بنو الأخياف) وهم الإخوة لأم (بالولد وولد الابن والأب والجد) بالاتفاق ، لأن شرط توريثهم كون الميت يورث كلالة بقوله تعالى - وإن كان رجل يورث كلالة - الآية ، والمراد أولاد الأم لما تقدم ، والكلالة من لاولد له ولا والد ، فلا يرث إلا عند عدم هؤلاء (وتسقط جميع الجدات) الأبويات والأميات (بالأم) لما روى : أن النبى عليه الصلاة والسلام إنما أعطى الجدة السدس إذ لم يكن للميت أم ، ولأن الأمية تدلى إلى الميت بالأم وترث بواسطتها [illegible]ث معها لما تقدم أن الأقرب يحجب الأبعد فحجبها نصا وقياسا ،

وَتَسْقُطُ جَمِيعُ الجَدَّاتِ بِالأُمِّ ، وَتَسْقُطُ الأَبَوِيَّاتُ بِالأَبِ، وَالقُرْبَى تَحْجُبُ البُعْدَى وَارِثَةً كَانَتْ أَوْ مَحْجُوبَةً .

فصـــل

العَوْلُ : هُوَ زِيادَةُ السِّهامِ عَلى الفَرِيضَةِ فَتَعُولُ المَسأَلَةُ إلى سِهامِ الفَرِيضَةِ وَيَدْخُلُ النُّقْصَانُ عَلَيهِم بِقَدْرِ حِصَصِهِم .

وَاعْلَمْ أَنَّ أُصُولَ المَسائِلِ سَبْعَةٌ :اثْنانِ وَثَلاثَةٌ وأَرْبَعَةٌ وَسِتَّةٌ وَثَمانِيَةٌ وَاثْنا عَشَرَ وأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُون . فَأَرْبَعَةٌ مِنْها لاتَعُولُ : الاثْنانِ وَالثَّلاثَةُ وَالأَرْبَعَةُ وَالثَّمانِيَةُ . وَثَلاثَةٌ تَعُولُ : السِّتَّةُ

أما الأبوية فحجبها نصا لاقياسا لأنها تدلى إلى الميت بالأب وترث فرضه ، فالقياس أن لاتحجبها الأم (وتسقط الأبويات بالأب) كالجد مع الأب ، وكذلك يسقطن بالجد إذا كن من قبله ، ولا تسقط أم الأب بالجد لأنها ليست من قبله ؛ فلو ترك أبا وأم أب وأم أم فأم الأب محجوبة بالأب . واختلفوا ماذا لأم الأب ، قيل لها السدس لأن أم الأب لما انحجبت لاتحجب غيرها ، وقيل لها نصف السدس لأنها من أهل الاستحقاق فتحتجب وإن حجبت كالإخوة مع الأم (والقربى تحجب البعدى وارثة كانت أو محجوبة) أما إذا كانت وارثة فظاهر لأنها تأخذ الفريضة فلا يبقى للبعدى شيء ، وأما إذا كانت محجوبة ، وصورتها ترك أبا وأم أب وأم أم أم ، قيل الكل للأب لأنه حجب أمه وهي حجبت أم أم الأم لأنها أقرب منها ، وقيل لها السدس لأن أم الأب محجوبة فلا تحجبها ، وقد تقدم الوجه فيهما .

فصـــل

(العول: هو زيادة السهام على الفريضة ، فتعول المسألة إلى سهام الفريضة ويدخل النقصان عليهم بقدر حصصهم) لعدم ترجيح البعض على البعض كالديون والوصايا إذا ضاقت التركة عن إيفاء الكل يقسم عليهم على قدر حقوقهم ، ويدخل النقص على الكل كذا هذا ، ولأن الله تعالى لما جمع هذه السهام في مال لايتسع للكل علمنا أن المراد إلحاق النقص بالكل عملا بإطلاق الجمع فكان ثابتا مقتضى جمع هذه السهام ، والثابت بمقتضى النص كالثابت بالنص ، وعلى ذلك إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، إلا ابن عباس على ما نبينه إن شاء الله تعالى .

(واعلم أن أصول المسائل سبعة: اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية واثنا عشر وأربعة وعشرون، فأربعة منها لاتعول: الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية ، وثلاثة تعول : الستة

وَالاثنا عَشَرَ وَالأَرْبَعَةُ وَالعِشْرُونَ ، فالسِّتَّةُ تَعُولُ إلى عَشَرَةٍ وِتْرًا وَشَفْعًا ، وَاثْنا عَشَرَ تَعُولُ إلى ثَلاثَةَ عَشَرَ وَخَمْسَةَ عَشَرَ وَسَبْعَةَ عَشَرَ ، وَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ تَعُولُ إلى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ لا غَيْرُ .

والاثنا عشر والأربعة والعشرون ؛ فالستة تعول إلى عشرة وترا وشفعا ، واثنا عشر تعول إلى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر ، وأربعة وعشرون تعول إلى سبعة وعشرين لاغير) .

أمثلة التى لاتعول : زوج وأخت لأبوين ، للزوج النصف ، وللأخت النصف ، وكذلك زوج وأخت لأب ، وتسمى اليتيمتين لأنه لايورث المال بفريضتين متساويتين إلا فى هاتين المسألتين بنت وعصبة نصف وما بقى ، أصلها من ثنتين . أخوان لأم وأخ لأبوين ثلث وما بقى . أختان لأب وأم وأخ لأب . ثلثان ومابقى أصلها من ثلاثه . أختان لأبوين وأختان لأم ثلثان وثلث . زوج وبنت وعصبة ربع ونصف وما بقى أصلها من أربعه . زوجة وبنت وعصبة ثمن ونصف ، وما بقى أصلها من ثمانية . زوجة وابن ثمن وما بقى من ثمانية .

أمثلة العائلة : جدة وأخت لأم وأخت لأبوين وأخت لأب ، أصلها من ستة وتصح منها جدة وأختان لأم وأخت لأبوين وأخت لأب سدس وثلث ونصف وسدس ، أصلها من ستة وتعول إلى سبعة . زوج وأم وأخوان لأم نصف وسدس وثلث من ستة ، وتسمى مسألة الإلزام لأنها إلزام لابن عباس ، لأنه إن قال كما قلنا فقد حجب الأم بأخوين وهو خلاف مذهبه ، وإن جعل للأم الثلث وللأخوين السدس فقد أدخل النقص على أولاد الأم وليس مذهبه ، وهو خلاف صريح الكتاب ، وإن جعل لهما الثلث فقد قال بالعول . زوج وأم وأخت لأبوين نصف وثلث ونصف ، أصلها من ستة وتعول إلى ثمانية ، وهى أول مسألة عالت فى الإسلام ، وقعت فى صدر خلافة عمر رضى الله عنه فاستشار الصحابة فيه ، فأشار العباس أن يقسم عليهم بقدر سهامهم فصاروا إلى ذلك ، وفى رواية أنه قال : لاأجد لكم فرضا فى كتاب الله ولا أدرى من قدمه الله تعالى فأقدمه ، ولا من أخره فأؤخره ، ولكنى رأيت رأيا فان كان صوابا فمن الله ، وإن كان خطأ فمنى ، أرى أن أدخل النقص على الكل فقسم بالعول ولم يخالفه أحد فى ذلك إلى أن انتهى الأمر إلى عثمان ، فأظهر ابن عباس الخلاف وقال : لو قدموا من قدمه الله وأخروا من أخره الله ما عالت فريضة قط ، فقيل له : من قدمه الله ومن أخره الله؟ قال : الزوج والزوجة والأم والجدة ممن قدمه الله ، وأما من أخره الله فالبنات وبنات الابن والأخوات لأب وأم ، والأخوات لأب ، فتارة يفرض لهن وتارة يكن عصبة ويدخل النقص على هؤلاء الأربع ثم قال : من شاء باهلته إن شاء الله تعالى ، وفى رواية : إن الذى أحصى رمل عالج (١) لم يجعل

(١) عالج ، قال فى مختار الصحاح : وعالج موضع بالبادية وفيه رمل .

. . . .

فى المال نصفا ونصفا وثلثا ، فقيل له : هلا ذكرت ذلك فى زمن عمر؟ قال : كان مهيبا فهبته ؛ وفى رواية : منعتنى درّته إذ لم يكن لى دليل قطعى ، وإنما امتنع لأنه اجتهاد فلم يأمن أن يصير محجوجا ، ولو كان دليل ظاهر لما سكت ولما خالف عمر رضى الله عنه وتسمى مسألة المباهلة . زوج وأم وأختان لأبوين ، أصلها من ستة وتعول إلى ثمانية ؛ زوج وأم وثلاث أخوات متفرّقات ، أصلها من ستة وتعول إلى تسعة ، للزوج ثلاثة ، وللأم سهم ، وللأخت لأم سهم ، وللأخت لأبوين ثلاثة ، وللأخت لأب سهم السدس تكملة الثلثين . زوج وأم وأختان لأم وأختان لأبوين نصف وثلث وسدس وثلثان ، أصلها من ستة وتعول إلى عشرة ، وتسمى أم الفروخ لأنها أكثر المسائل عولا فشبهت الأربعة الزوائد بالفروخ ، وتسمى أيضا الشريحية ، لأن شريحا أوّل من قضى فيها . زوجة وأختان لأبوين وأخ لأب ، أصلها من اثنى عشر وتصحّ منها . زوجة وجدة وأختان لأبوين ربع وسدس وثلثان ، أصلها من اثنى عشر وتعول إلى ثلاثة عشر . امرأة وأختان لأم وأختان لأبوين ربع وثلث وثلثان ، أصلها من اثنى عشر وتعول إلى خمسة عشر . امرأة وأم وأختان لأم وأختان لأبوين ربع وسدس وثلث وثلثان ، أصلها من اثنى عشر وتعول إلى سبعة عشر . ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لأم وثمانى أخوات لأبوين ، أصلها من اثنى عشر وتعول إلى سبعة عشر ، وتسمى أمّ الأرامل لأنه ليس فيها ذكر وهى من المعاياة ، يقال : رجل مات وترك سبعة عشر دينارا وسبع عشرة امرأة أصاب كل امرأة دينارا . امرأة وأبوان وابن ، أصلها من أربعة وعشرين وتصحّ منها . امرأة وأبوان وبنتان ثمن وسدسان وثلثان ، أصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين ، وتسمى المنبرية لأن عليا رضى الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال على الفور : صار ثمنها تسعا ، ومرّ على خطبته ؛ ولو كان مكان الأبوين جدّ وجدّة أو أب وجدة فكذلك ، وكذا لو كان مكان البنتين بنت وبنت ابن . زوجة وأم وأختان لأم وأختان لأبوين وابن كافر أو قاتل أو رقيق ، أصلها من اثنى عشر وتعول إلى سبعة عشر كما تقدم لأن المحروم وهو الابن لايحجب . وعند ابن مسعود يحجب الابن الزوجة من الربع إلى الثمن ، أصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى أحد وثلاثين للزوجة الثمن ثلاثة ، وللأم السدس أربعة ، ولأولاد الأم الثلث ثمانية ، وللأختين لأبوين الثلثان ستة عشر وتسمى ثلاثينية ابن مسعود .

واعلم أن الستة متى عالت إلى عشرة أو تسعة أو ثمانية فالميت امرأة قطعا ، وإن عالت إلى سبعة احتمل واحتمل ؛ ومتى عالت الاثنى عشر إلى سبعة عشر فالميت ذكر ، وإلى ثلاثة عشر وخمسة عشر احتمل الأمرين ؛ والأربعة والعشرون إذا عالت إلى سبعة وعشرين أو إلى أحد وثلاثين عند ابن مسعود فالميت ذكر .

وَالرَّدُّ ضِدُّ العَوْلِ ، بِأَنْ تَزِيدَ الفَرِيضَةُ عَلَى السِّهَامِ وَلاعَصَبَةَ هُنَاكَ تَسْتَحِقُّهُ فَيُرَدُّ عَلَى ذَوِى السِّهَامِ بِقَدْرِ سِهَامِهِمْ إِلاَّ عَلَى الزَّوْجَيْنِ ، وَيَقَعُ الرَّدُّ عَلَى جِنْسٍ وَاحِدٍ وَعَلَى جِنْسَيْنِ وَعَلَى ثَلاثَةٍ ، ثُمَّ المَسْأَلَةُ لا يَخْلُو إِمَّا إِنْ كَانَ فِيهَا مَنْ لايُرَدُّ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَإِمَّا إِنْ كَانَ جِنْساً وَاحِداً أَوْ أَكْثَرَ ، فَإِنْ كَانَ جِنْساً وَاحِداً فَاجْعَلِ المَسْأَلَةَ مِنْ عَدَدِ رُءُوسِهِمْ ، وَإِنْ كَانَ جِنْسَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ فَمِنْ سِهَامِهِمْ وَأَسْقِطِ الزَّائِدَ .

فصـــل

(والرد ضد العول بأن تزيد الفريضة على السهام ولا عصبة هناك تستحقه فيردّ على ذوى السهام بقدر سهامهم إلا على الزوجين) وهو مذهب عمر وعلىّ وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم . وعن عثمان أنه يرد عن الزوجين ، قالوا : وهذا وهم من الراوى، فانه إنما صح عن عثمان رضى الله عنه أنه ردّ على الزوج لاغير ، وتأويله أنه كان ابن عمّ فأعطاه الباقى بالعصوبة . أما الزوجة فلم ينقل عن أحد الردّ عليها . وقال زيد بن ثابت يوضع الفاضل فى بيت المال ، وبه قال مالك والشافعى . لنا قوله عليه الصلاة والسلام « من ترك مالا أو حقا فلورثته» الحديث ، ولأن القرابة علة لاستحقاق الكل لأن الميت قد استغنى عن المال ، فلو لم ينتقل إلى أحد يبقى سائبة ، والقريب أول الناس به فيستحقه بالقرابة صلة ، إلا أنها تقاعدت عن استحقاق الكل عند الاجتماع للمزاحمة بالإجماع فبقيت مفيدة له عند الانفراد ، فوجب أن يستحق صاحب السهم بقدر سهمه حالة المزاحمة ، والفاضل عن سهمه حالة الانفراد ، أما الزوجان فقرابتهما قاصرة فلا يستحقان إلا سهمهما إظهارا لقصور مرتبتهما ، ولأن الزوجية تزول بالموت فينتفى السبب ، وقضيته عدم الإرث أصلا إلا أنا أعطيناهما فرضهما بصريح الكتاب فلا يزاد عليه .

واعلم أن جميع من يردّ عليه سبعة : الأم والجدة والبنت وبنت الابن والأخوات من الأبوين والأخوات لأب وأولاد الأم (ويقع الردّ على جنس واحد وعلى جنسين وعلى ثلاثة ولايكون أكثر من ذلك ، والسهام المردود عليها أربعة : الاثنان والثلاثة والأربعة والخمسة (ثم المسألة لايخلو إما إن كان فيها من لايردّ عليه أولم يكن ، فان لم يكن فإما إن كان جنسا واحدا أو أكثر ، فإن كان جنسا واحدا فاجعل المسأل من عدد رءوسهم ، وإن كان جنسين أو أكثر فمن سهامهم وأسقط الزائد) .

أمثلة ذلك : جدة وأخت لأم ، للجدة السدس ، وللأخت السدس ، والباقى ردّ عليهما بقدر سهامهما ، فاجعل المسألة من عددهم وهو اثنان لاستوائهما فى الفرض ، أصل

. . . .

المسألة من ستة عادت بالردّ إلى اثنين ، جدة وأختان لأم ، للجدة السدس وللأختين الثلث ، فاجعل المسألة من ثلاث وهو عدد رءوسهم : بنت وأم ، للبنت النصف ثلاثة ، وللأم السدس سهم ، اجعلها من أربعة عدد سهامهم . أربع بنات وأم ، للبنات الثلثان ، وللأم السدس ، اجعل المسألة من خمسة عدد سهامهم ، وإن كان في المسألة من لايردّ عليه وهو الزوج والزوجة ، فإن كان جنسا واحدا فأعط فرض من لايرد عليه من أقل مخارجه ، ثم اقسم الباقي عن عدد من يرد عليه إن استقام ، كزوج وثلاث بنات ، أعط الزوج فرضه الربع من أربعة ، والباقي للبنات وهنّ ثلاثة يصح عليهن ؛ وإن لم يستقم عليهم ، فإن كان بين رءوسهم وما بقي من فرض من لايرد عليه موافقة ، فاضرب وفق رؤوسهم في مخرج فرض من لايرد عليه كزوج وست بنات ، للزوج الربع ، يبقى ثلاثة لاتستقيم على البنات وبينهم وبين الباقي موافقة بالثلث ، فاضرب وفق رؤوسهم وهو اثنان في مخرج فرض من لايرد عليه وهو أربعة تكون ثمانية ، للزوج الربع سهمان يبقى ستة تصح على البنات وإن لم يكن بينهما موافقة كزوج وخمس بنات ، فاضرب كل رؤوسهم وهي خمسة في مخرج فرض من لايرد عليه وهو أربعة يكن عشرين منها تصح ؛ وإن كان من لايرد عليه مع جنسين أو ثلاثة ممن يرد عليهم ، فأعط فرض من لايرد عليه ثم اقسم الباقي على مسألة من لايرد عليه إن استقام ، وإلا فاضرب جميع مسألة من يرد عليه في مخرج فرض من لايرد عليه فما بلغ صحت منه المسألة ، ثم اضرب سهام من لايرد عليه في مسألة من يرد عليه ، وسهام من يرد فيما بقي من مخرج فرض من لايرد عليه . مثال الأول : زوجة وأربع جدات وست أخوات لأم ، للزوجة الربع سهم ، يبقى ثلاثة وسهام من يرد عليه ثلاثة فقد استقام على سهامهم : ومثال الثاني : أربع زوجات وتسع بنات وست جدات ، للزوجات الثمن سهم ، تبقى سبعة وسهام الرد خمسة لايستقيم عليها ولا موافقة ، فاضرب سهام الرد وهي خمسة في مخرج فرض من لايرد عليه وهي ثمانية تكن أربعين منها تصح ، ثم اضرب سهام من لايرد غليه وهو واحد في مسألة من يرد عليه وهو خمسة يكن خمسة ، وسهام من يرد عليه وهي خمسة فيما بقي من مخرج فرض من لايرد عليه وهو سبعة يكن خمسة وثلاثين ، للبنات أربعة أخماسه ثمانية وعشرون ، وللجدات الخمس سبعة . مثال آخر : زوجة وبنت وبنت ابن وجدة ، للزوجة الثمن ، يبقى سبعة وسهام الرد خمسة لايستقيم ولا موافقة ، فاضرب سهام من يرد عليه وهي خمسة في مخرج مسألة من لايرد عليه وهو ثمانية يكن أربعين منها تصح ، وإذا أردت التصحيح على الرؤوس فاعمل بالطريق المذكور ، والله أعلم .

. . . .

فصل: فى مقاسمة الجد الإخوة

قال أكثر الصحابة رضى الله عنهم منهم أبو بكر وابن عباس وأبىّ بن كعب وعائشة : الجدّ بمنزلة الأب عند عدمه يرث معه من يرث مع الأب ويسقط به من يسقط بالأب ، وهو قول أبى حنيفة ، فجعل الجد أب الأب بمنزلة الأب إلا فى مسألتين : زوج وأبوان ، أو زوجة وأبوان على ما تقدّم ، وروى عنه الحسن بن زياد أنه بمنزلة الأب فيهما أيضا . وعن الصديق أيضا روايتان فى هاتين المسألتين . وقال علىّ وابن مسعود وزيد بن ثابت رضى الله عنهم : الجدّ لايسقط بنى الأعيان والعلات ويرثون معه . واختلفوا فى كيفية توريثهم معه ، وكتابنا هذا يضيق عن استيعاب أقوالهم وما يتفرّع منها ، لكن نذكر مذهب زيد بن ثابت لحاجتنا إلى معرفة قول أبى يوسف ومحمد فإنهما أخذا بقوله . وعن ابن عباس أنه لما سمع قول زيد قال : ألا يتقى الله زيد ؟ يجعل ابن الابن ابنا ، ولا يجعل أب الأب أبا ؟ والمختار قول أبى بكر رضى الله عنه لأنه أبعد عن التردّد والتوقف ولم تتعارض عنه الروايات وتعارضت عن غيره . قال علىّ رضى الله عنه : من أحبّ أن يتقحم جراثيم جهنم فليقض فى الجدّ والإخوة . وروى عبيد السلمانى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى فى الجدّ بمائة قضية يخالف بعضها بعضا . وعنه أنه جمع الصحابة رضى الله عنهم فى بيت وقال لهم : لابدّ أن تتفقوا على شىء واحد فى الجدّ ، فقام رجل فقال : أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى للجدّ بالسدس ، فقال مع من ؟ فقال : لاأدرى ، فقال : لادريت ، فقام آخر فقال كذلك ، وردّ عليه كذلك ، فسقطت حية من السقف فتفرّقوا قبل أن يجمعوا على شىء ، فقال عمر رضى الله عنه : أبى الله تعالى أن يرتفع هذا الخلاف . وعن علىّ رضى الله عنه أنه كان يقول : ألقوا علينا مسائل الفرائض واتركوا الجدّ ، لاحياه الله ولا بياه . وعن ابن المسيب مثله .

واعلم أن الجدّ الصحيح الوارث لايكون إلا واحدا لأنه لايكون إلا من جهة الأب ، والأقرب يسقط الأبعد . قال زيد بن ثابت رضى الله عنه : إذا اجتمع الجدّ والإخوة كان الجدّ كأحدهم يقاسمهم مالم تنقصه المقاسمة من الثلث ، فان نقصته فرض له الثلث والباقى بين الإخوة للذكر مثل حظّ الأنثيين .

مثاله : جدّ وأخ المال بينهما نصفان لأن المقاسمة خير له . جد وأخوان المال بينهما أثلاثا لأن المقاسمة والثلث سواء . جدّ وثلاثة إخوة يفرض له الثلث والباقى بين الإخوة لأن المقاسمة تنقصه من الثلث فان كان معهم صاحب فرض يعطى فرضه ثم ينظر فى الباقى .

. . . .

للجدّ ثلاثة أحوال: المقاسمة أو ثلث ما بقى أو سدس جميع المال فيعطى ما هو خير له منها والباقى بين الإخوة للذكر مثل حظّ الأنثيين .

مثاله : زوج وجدّ وأخ للزوج النصف والباقى بين الجدّ والأخ لأن القسمة خير له ، وكذلك مع الزوجة . جدّة وجدّ وأخوان وأخت ، للجدة السدس ، وللجد ثلث ما بقى لأنه خير له . جدة وبنت وجدّ وأخوان ، للجدّة السدس ، وللبنت النصف ، وللجدّ السدس لأنه خير له . زوج وأمّ وجدّ وأخ ، للزوج النصف ، وللأم الثلث ، والباقى وهو السدس للجدّ ويسقط الأخ ، وبنو العلات مع الجد كبنى الأعيان ، فان اجتمعوا مع الجدّ ، قال زيد بن ثابت رضى الله عنه : يعدّون معهم على الجدّ ليظهر نصيبه وتسمى فصل المعادّة ، فاذا أخذ الجدّ نصيبه يردّ بنو العلات ما وقع لهم إلى بنى الأعيان ويخرجون بغير شىء إلا إذا كان من بنى الأعيان أخت واحدة فتأخذ النصف بعد نصيب الجد ، فإن بقى شىء أخذه بنو العلات .

مثاله : جد وأخ لأب وأم وأخ لأب، المال بينهم أثلاثا ، ثم يردّ الأخ لأب على الأخ لأبوين نصيبه فيبقى للأخ من الأبوين الثلثان ؛ ولو كان معهم زوجة فلها الربع والباقى بينهم أثلاثا ، ويرد الأخ لأب ما وقع له إلى الأخ لأبوين ؛ ولو كان مكان الزوجة زوج فله النصف والباقى بينهم أثلاثا على الوجه الذى تقدّم . جد وأخت لأبوين وأخت لأب ، للجد النصف ، وللأختين النصف وتأخذه الأخت لأبوين ؛ ولو كانت أختين لأب والمسألة بحالها فللجد الخمسان ، وللأخت لأبوين الخمس ، وللأختين لأب الخمسان ثم يردان على الأخت لأبوين تتمة النصف خمس ونصف ويبقى لهما نصف خمس . أصل المسألة من خمسة تضرب فى اثنين لحاجتنا إلى النصف تصير عشرة ، للجد أربعة ، وللأخت لأبوين سهمان ، وللأختين لأب أربعة ، ثم يردان إلى الأخت لأبوين ثلثه تكملة النصف يبقى لهما سهم لايستقيم عليهما ، فاضرب اثنين فى عشرة تكن عشرين منها تصحّ . جدّ وأخت لأبوين وأخ لأب المال بينهم أخماسا ، ويردّ الأخ على الأخت إلى تمام النصف يبقى معه نصف سهم وهو العشر ؛ ولو كان معه أخت ، فللجد سدسان ، وللأخت من الأبوين السدس ، وللأخ وأخته ثلثه فيردان عليهما تتمة النصف يبقى معهما سدس . جدّ وأختان لأبوين وأختان لأب ، للجد الثلث ولكل فريق الثلث ، ثم يرد أولاد الأب ثلثهم على أولاد الأبوين . أم وجد وأخت لأبوين وأخوان وأخت لأب ، أصلها من ستة للأم سهم وثلث الباقى خير للجد ، وليس للباقى ثلث صحيح ، فاضرب ثلاثة فى ستة تكن ثمانية عشر للأم ثلاثة ، وللجد خمسة ، وللأخت من الأبوين النصف تسعة ، يبقى سهم واحد لأولاد الأب

. . . .

وهم خمسة ، فاضرب خمسة فى ثمانية عشر تكن تسعين منها تصحّ وتسمى تسعينية زيد . أم وجد وأخت لأبوين وأخ وأخت لأب ، أصلها من ستة ، للأم سهم يبقى خمسة لاتستقيم على ستة ، فاضرب ستة فى ستة تكن ستة وثلاثين ، للأم السدس ستة ، وللجدّ ثلث ما بقى عشرة ، وللأخت من الأبوين نصف الجميع وهو ثمانية عشر ، بقى لأولاد الأب سهمان وهم ثلاثة ، فاضرب ثلاثة فى ستة وثلاثين يكن مائة وثمانية منها تصحّ ، إلا أن بين السهام موافقة بالأنصاف فترجع إلى أربعة وخمسين . ووجهه أن المقاسمة وثلث ما بقى واحد فى حقّ الجدّ فأعط الأم نصيبها من ثمانية عشر ثلاثة والجدّ ثلث ما بقى خمسة ، والأخت من الأبوين نصف الجميع تسعة ، يبقى سهم لايستقيم على أولاد الأب ، فاضرب ثلاثة فى ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين منها تصحّ وتسمى مختصرة زيد ، فحصل من أصل زيد أنه يقول بالمقاسمة ما لم ينقصه من الثلث ، ومع صاحب الفرض ينظر له أصلح الأحوال الثلاثة ، ويعدّ ولد الأب على الجدّ إضرارا به ، ولا يفرض للأخوات المنفردات مع الجدّ ويجعلهنّ عصبة ، ولا يقول بالعول بناء على أنهنّ عصبة ، وقد خالف هذا الأصل فى المسألة الأكدرية ، وهى زوج وأم وجدّ وأخت لأب أو لأبوين ، للزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللجدّ السدس ، وللأخت النصف ، ثم يضمّ الجد نصيبه إلى نصيب الأخت فيقتسمان الذكر مثل حظّ الأنثيين ، أصلها من ستة تعول إلى تسعة ، للزوج ثلاثة ، وللأم سهمان ، وللأخت ثلاثة ، وللجد سهم ، وما فى يد الجد والأخت أربعة لاتستقيم على ثلاثة ، فاضرب ثلاثة فى تسعة يكن سبعة وعشرين منها تصحّ ؛ ولو كان مكان الأخت أخ فلا عول ولا أكدرية ، لأنه يكون للزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللجد السدس ، ويسقط الأخ ؛ وكذا لو كان مع الأخ أخت لأنها تصير عصبة بأخيها . سميت أكدرية لأنها واقعة امرأة من بنى أكدر ، أو لأنها كدرت على زيد مذهبه من ثلاثة أوجه : أعال بالجد ، وفرض للأخت ، وجمع سهام الفرض وقسمها على التعصيب ، وإنما فرض لها ولم يجعلها عصبة لأنه لم يبق لها شىء ، ولا وجه إلى القسمة لأنه ينقص نصيب الجدّ من السدس فصار إلى ما ذكرنا ضرورة .

فصل الجـــدات

وقد سبق ذكر الجدة الصحيحة من الفاسدة وميراثها عند الانفراد والاجتماع وأحكام الحجب بين الجدات ، وهذا الفصل لبيان مراتب الجدات ومعرفتها .

اعلم أن الجدات على مراتب : الأولى جدتا الميت وهما أم أمه وأم أبيه وهما وارثتان . الثانية أربع جدات : جدتا أبيه ، وجدتا أمه ؛ فجدتا أبيه أم أب أبيه ، وأم أم أبيه ، وجدتا

. . . .

أمه ، أم أم أمه ، وأم أب أمه ، والكل وارثات إلا الأخيرة لأنها فاسدة فانه دخل فى نسبتها أب بين أمين . الثالثة ثمان جدات ، جدتا أب أبيه وهما : أم أب أب أبيه ، وأم أم أب أبيه وهما وارثتان ؛ وجدتا أم أبيه وهما : أم أم أم أبيه وهى وارثة ، وأم أب أم أبيه وهى ساقطة ؛ وجدتا أب أمه وهما : أم أم أب أمه ، وأم أب أب أمه وهما ساقطتان ؛ وجدتا أم أمه وهما : أم أم أم أمه وهى وارثة ، وأم أب أم أمه وهى ساقطة ، فإن كان لكل واحدة منهن جدتان يصرن ستة عشر وهى المرتبة الرابعة ، وإن كان لكل واحدة من الستة عشر جدتان يصرن اثنين وثلاثين وهكذا إلى ما لايتناهى ، والجدات الثابتات على ضربين متحاذيات متساويات فى الدرجة . ومتفاوتات وطريق معرفة المتحاذيات الوارثات أن يلفظ بعددهن أمهات ثم تبدل الأم الأخيرة أبا فى كل مرة إلى أن لاتبقى إلا أم واحدة ، وتصور ذلك فى خمس جدات متحاذيات وقس عليه فنقول :

ميـــــــــــت

أم	أم	أم	أم	أم
أم	أم	أم	أم	أب
أم	أم	أم	أب	أب
أم	أم	أب	أب	أب
أم	أب	أب	أب	أب

وأما المتفاوتات فى الدرجة فالقربى تحجب البعدى على مامر فى الحجب ، ولو سئلت عن عدد جدات وارثات كم بازائهن ساقطات ، فخذ عدد المسئول عنه بيمينك ، ثم انقص منه اثنين وخذهما بيسارك ، ثم ضعف مافى يسارك بعدد مافى يمينك فما بلغ فاطرح المسئول منه فما بقى فهى ساقطة .

مثاله : سئلت عن أربع جدات خذها بيمينك ثم انقص منه اثنين وخذهما بيسارك ، ثم ضعف مافى يسارك بعدد مافى يمينك يكن ثمانية ، اطرح منه عدد المسئول وهو أربعة تبقى أربعة فهى ساقطة ؛ ولو سئلت عن ثلاثة خذها بيمينك ثم انقص منه اثنين وخذهما بيسارك ثم ضعف مافى يسارك بعدد مابقى فى يمينك يكن أربعة اطرح منه عدد المسئول عنه وهو ثلاثة بقى واحدة ساقطة .

واعلم أنه لايتصور الجدة الوارثة من قبل الأم إلا واحدة ، لأن الصحيحات منهن أن لايدخل بين أمين أب فكانت الوارثة أم الأم وإن علت . والقربى تحجب البعدى فلا ترث إلا جدة واحدة كما ذكرنا فى الجد .

وأما الأبويات فيتصور أن يرث الكثير منهن على ما صورت لك ، ولا يرث مع الأب إلا جدة واحدة من قبل الأم ، لأن الأبويات يحجبن به ، ولا يرث مع الجد إلا جدتان : إحداهما من قبل الأم والثانية أم الأب ، ولا يرث مع أب الجد إلا ثلاث : إحداهن من

وَذَوُو الأَرْحامِ : كُلُّ قَرِيبٍ لَيْسَ بِذِي سَهْمٍ وَلا عَصَبَةٍ ، وَهُمْ كالعَصَباتِ مَنِ انْفَرَدَ مِنْهُمْ أَخَذَ جَمِيعَ المَالِ ، وَالأَقْرَبُ يَحْجُبُ الأَبْعَدَ ، وَهُمْ أَوْلادُ البَنَاتِ ، وَأَوْلادُ بَنَاتِ الابْنِ ، وَالجَدُّ الفَاسِدُ ، وَالجَدَّاتُ الفاسِدَاتُ ، وأَوْلادُ الأَخَوَاتِ كُلِّهِنَّ ، وَبَنَاتُ الإِخْوَةِ كُلِّهِمْ ، وأَوْلادُ الإِخْوَةِ لأُمٍّ ،

قبل الأم ، والثانية أم أم الأب ، والثالثة أم أب الأب ، وعلى هذا كلما زاد فى درجة الأجداد زاد فى درجة الجدات وارثة .

فصل فى ذوى الأرحام

قال عامة الصحابة رضى الله عنهم بتوريث ذوى الأرحام وهو مذهبنا . وقال زيد بن ثابت : لاميراث لهم ويوضع فى بيت المال ، وبه قال مالك والشافعى . لنا قوله تعالى ـ وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض ـ أى أولى بميراث بعض بالنقل . وقال عليه الصلاة والسلام « الخال وارث من لاوارث له » . وروى « أن ثابت بن الدحداح مات ، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام لعاصم بن عدىّ : هل تعرفون له فيكم نسبا ؟ فقال : إنما كان آتيا فينا : أى غريبا ، فجعل ميراثه لابن أخته أبى لبابة بن عبد المنذر » ولأن أصل القرابة سبب لاستحقاق الإرث على ما بيناه ، إلا أن هذه القرابة أبعد من سائر القرابات فتأخرت عنها ، والمال متى كان له مستحقّ لايجوز صرفه إلى بيت المال ، ولأن سائر المسلمين يدلون إليه بالإسلام ، وهؤلاء يدلون به وبالقرابة ، والمدلى بجهتين أولى كبنى الأعيان مع بنات العلات (وذوو الأرحام كل قريب ليس بذى سهم ولا عصبة ، وهم كالعصبات من انفرد منهم أخذ جميع المال) لأنهم يدلون بالقرابة وليس لهم سهم مقدّر فكانوا كالعصبات (والأقرب يحجب الأبعد) كالعصبات حتى من هو أقرب إلى الميت من أىّ صنف كان فهو أولى .

مثاله : بنت بنت بنت وأب أم فهو أولى لأنه أقرب . أب أب أم وعمة أو خالة فهى أولى لأنها أقرب . وذكر رضى الدين النيسابورى فى فرائضه أنه لايرث أحد من الصنف الثانى وإن قرب وهناك واحد من الصنف الأوّل وإن بعد ، وكذا الثالث مع الثانى والرابع مع الثالث ، قال : وهو المختار للفتوى ، والمعمول عليه من جهة مشايخنا تقديم الصنف الأوّل مطلقا ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع . قال : وهكذا ذكره الأستاذ الصدر الكوفى فى فرائضه ، فعلى هذا بنت البنت وإن سفلت أولى من أب الأم ، وهم أربعة أصناف : صنف ينتمى إلى الميت (وهم أولاد البنات ، وأولاد بنات الابن) وصنف ننتمى إليهم الميت (و) هم (الجد الفاسد ، والجدات الفاسدات) وصنف ينتمى إلى أبوى الميت (و) هم (أولاد الأخوات كلهن ، وبنات الإخوة كلهم ، وأولاد الإخوة لأم) وصنف

وَالأَخْوَالُ وَالخَالاتُ وَالأَعْمَامُ لِأُمٍّ ، وَالعَمَّاتُ وَبَنَاتُ الأَعْمَامِ كُلُّهُمْ وَأَوْلَادُ هَؤُلَاءِ وَمَنْ يُدْلِي بِهِمْ ، وَأَوْلَاهُمُ الصِّنْفُ الأَوَّلُ ثُمَّ الصِّنْفُ الثَّانِي (سم) .

ينتمى إلى جدى الميت (و) هم (الأخوال والخالات والأعمام لأم ، والعمات وبنات الأعمام كلهم وأولاد هؤلاء ومن يدلى بهم ، وأولاهم الصنف الأول) لأن قرابة الولاد أقرب من غيرهم كما فى الأصول (ثم الصنف الثانى) وقالا : الصنف الثالث أولى من الثانى لأنهم أولاد عصبة أو ذى سهم ، والأصل فى ذوى الأرحام إذا استووا فى الدرجة أن يقدم ولد وارث . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الصنف الثانى له زيادة اتصال باعتبار الجزئية لأنهم أصوله ، وزيادة القرب أولى مما ذكر ، لأن علة الاستحقاق القرب ، والعلة تترجح بالزيادة من جنسها .

الصنف الأول : أقربهم إلى الميت أولى كبنت بنت وبنت بنت بنت ، المال للأولى لأنها أقرب ، وإن استووا فى القرب فمن كان له ولد وارث أولى ، لأن له زيادة فى القرب باعتبار أصله كبنت بنت بنت وبنت بنت ابن ، المال للثانية لأنها ولد صاحب سهم . بنت بنت أخ وبنت ابن أخ ، المال للثانية لأنها ولد عصبة وارث ؛ فإن كان أحدهما يدلى بوارث لابنفسه بل بواسطة فهما سواء .

مثاله : بنت بنت بنت بنت وبنت بنت بنت ابن ، هما سواء لأن كل واحد يدلى إلى الميت بواسطة ، والعلة هى القرب فلا يترجح بالإدلاء ، وإن كان أحدهم أقرب والآخر أبعد ولكنه يدلى بوارث فالأقرب أولى ، لأن العلة هى القرابة فتترجح بزيادة القرب كالعصبات إذا استووا يطلب الترجيح بزيادة القرب كذا هنا .

مثاله : بنت بنت بنت وبنت بنت بنت ابن ، المال للأولى لأنها أقرب ؛ وكذلك خالة وبنت عم ، الخالة أولى ؛ وإن استووا فى القرب والإدلاء ، فان اتفقت الآباء والأمهات فالمال بينهما على السواء إن كانوا ذكورا أو إناثا ، وإن كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الأنثيين .

مثاله : بنت بنت ابن وبنت بنت ابن ، المال بينهما على السواء ؛ وكذلك ابن بنت بنت وابن بنت بنت . بنت بنت بنت وابن بنت بنت ، المال بينهما أثلاثا . وإن اختلفت الأمهات والآباء فعند أبى يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة العبرة لأبدانهم لا لأصولهم . وعند محمد وهو أشهر الروايتين عن أبى حنيفة العبرة لأصولهم فيقسم المال على أصولهم ويعتبر الأصل الواحد متعددا بتعدد أولاده ، ثم يعطى لكل فرع ميراث أصله ، ويجعل كل أنثى تدلى إلى الميت بذكر ذكرا ، وكل ذكر يدلى إلى الميت بأنثى أنثى ، سواء كان إدلاؤهما بأب واحد أو بأكثر ، أو بأم واحدة أو بأكثر ، ثم يقسم سهام كل فريق بينهم بالسوية إن اتفقت

. . . .

صفاتهم ، وإن اختلفت فللذكر مثل حظ الأنثيين . لمحمد أن الفروع إنما تستحق الميراث بواسطة الأصول فيجب أن تكون العبرة للأصول . ولأبى يوسف أن ذوى الأرحام إنما يرثون بالقرابة كالعصبات ، وكل واحد مستبد بنفسه فى أصل الاستحقاق ، فتعتبر الأبدان كالعصبات .

مثاله : بنت بنت ابن وابن بنت ابن ، المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بالإجماع . بنت بنت بنت وبنت ابن بنت ، المال بينهما نصفان عند أبى يوسف باعتبار الأبدان . وعند محمد أثلاثا باعتبار الأصول كأنه مات عن بنت بنت وابن بنت ، ثم ينقل نصيب الابن إلى ابنته ونصيب البنت إلى بنتها . بنت ابن بنت وابن بنت بنت ، عند أبى يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، وعند محمد للبنت سهمان وللابن سهم . بنتا ابن بنت وابن بنت بنت ، عند أبى يوسف ظاهر ، وعند محمد للابن خمس المال ، وأربعة أخماسه للبنتين كأنه مات عن ابنى بنت وبنت بنت . بنت بنت بنت وابن بنت بنت وبنت ابن بنت وابن ابن بنت ، عند أبى يوسف ظاهر ، وعند محمد يقسم على الآباء على ستة للأولين سهمان لإدلائهما إلى الميت بأنثى فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، وللآخرين أربعة لإدلائهما إلى الميت بذكر فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، فصار المال بين الفريقين أثلاثا فقد انكسر بالأثلاث ، فاضرب ثلاثة فى ثلاثة يكن تسعة منها تصح . وإن وقع الاختلاف فى بطن أو أكثر فأبو يوسف مر على أصله ، ومحمد يقسم المال على أول خلاف يقع ، فما أصاب الذكور ينقل إلى فروعهم ، وما أصاب الإناث ينقل إلى فروعهن مع اعتبار الاختلاف فى البطن الثانى على الوجه الذى اعتبر فى البطن الأول حتى ينتهى إلى الأولاد الأحياء ، فيقسم على اعتبار أبدانهم . مثاله :

ميـــــــــــــــــــــت				
بنت	بنت	بنت	بنت	
بنت	بنت	ابن	بنت	
بنت	ابن	بنت	بنت	
ابن	بنت	بنت	بنت	

فعند أبى يوسف المال بينهم على خمسة : خمسان للابن ، ولكل بنت خمس . وعند محمد على عشرة ، للأولى سهم ، وللثانية أربعة ، وللثالثة ثلاثة ، وللرابع سهمان ، لأنه يعتبر الخلاف فى أول بطن وقع وفيه ابن بنت وثلاث بنات بنت فيقسم عليهم ، ثم ما أصاب الابن وهو خمسان يصيران إلى ابنته ، وما أصاب البنات وهو ثلاثة أخماس يصير إلى أولادهن ، وهم ابن وبنتان للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون للابن خمس ونصف ، وللبنتين خمس ونصف ، ثم ينقل نصيب الابن إلى بنته ، ونصيب البنتين إلى ولديهما وهما ابن وبنت للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون للابن خمس ، وللبنت

. . . .

نصف خمس وهو عشر فيصحّ من عشرة ، ومن له قرابة من جهتين من ذوى الأرحام فله سهمان ، ومن له قرابة واحدة فسهم عند محمد اعتبارا بالأصول ، وعند أبي يوسف هما سواء لأنهم يرثون بالتعصيب وذلك لايختلف كالعصبات حقيقة .

مثاله : بنت بنت بنت وبنت بنت بنت هى بنت ابن بنت أخرى ؛ فعند أبى يوسف المال بينهما نصفان ؛ وعند محمد لذى القرابة سهم ، ولذى القرابتين ثلاثة لما مرّ . ولو كان مكان البنت من جهتين ابن ، فعند أبى يوسف للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ وعند محمد لذات قرابة سهم ، ولذى قرابتين ثلاثة سهمان من قبل أصله الذكر ويسلم له لتفرّده بذلك الأصل ، وسهم من قبل أصل الأنثى فيضمه إلى مافى يد ذات قرابة فيقسمان السهمين للذكر مثل حظ الأنثيين لاتحاد أصلهما فى هذين السهمين واختلاف أبدانهما على ثلاثة ، فاضرب ثلاثة فى أربعة تكن اثنى عشر منها تصحّ .

الصنف الثانى : وأولاهم أقربهم إلى الميت كأب أم ، وأب أم أم ، وأب أم أب ، المال كله لأب الأم ، فإن استووا فى القرب فالإدلاء بوارث ليس بأولى فى أصحّ الروايتين ، لأن السبب للاستحقاق القرابة دون الإدلاء بوارث . مثاله : أب أم أم ، وأب أب أم هما سواء ؛ إن كانوا ذكورا أو إناثا ، وإن اختلطوا فللذكر مثل حظّ الأنثيين ؛ وإن كانوا من جهتين فلقوم الأم الثلث ، ولقوم الأب الثلثان

مثاله : أب أم أب وأب أب أم ، للأوّل الثلثان ، وللثانى الثلث . وإذا كان لأب الميت جدان من جهتين وكذلك لأمه ، فلقوم الأب الثلثان ، ولقوم الأم الثلث ، ثم ما أصاب قوم الأب ثلثاه لقرابته من جهة أبيه ، وثلثه لقرابته من جهة أمه ، وكذلك ما أصاب قوم الأم . وروى الحسن عن أبى حنيفة ما أصاب قوم الأب كله لقرابته من قبل أبيه ، وما أصاب قوم الأم فلقرابتها من قبل أبيها أيضا .

مثاله : أب أم أب أب ، وأب أب أم أب ، وأب أم أب أم ، وأب أب أم أم ، فللأوّلين الثلثان ، وللآخرين الثلث لما بيناه .

الصنف الثالث ، وهو ثلاثة أنواع : الأوّل بنات الإخوة وأولاد الأخوات لأب وأم وأولادهم . والثانى بنات الإخوة وأولاد الأخوات لأب وأولادهم . والثالث أولاد الإخوة والأخوات لأم وأولادهم . فان كانوا من النوع الأوّل أو الثانى فهم كالصنف الأوّل فى تساوى الدرجة والقرب والإدلاء بوارث والقسمة . وإن اختلفا فى ذلك ، فعند أبى يوسف نعتبر الأبدان ، وعند محمد تعتبر الأبدان ووصف الأصول . وإن كانوا من النوع الثالث فالمال بينهم بالسوية ذكرهم وأنثاهم فيه سواء اعتبارا بأصولهم ، ولا خلاف فيه إلا ما روى

. . . .

شاذا عن أبي يوسف أنه يقسم للذكر مثل حظ الأنثيين . وإن كانوا من الأنواع وتساووا في الدرجة فالمدلي بوارث أولى ، ثم عند أبي يوسف من كان منهم لأب وأم أولى ثم لأب ثم لأم ؛ وعند محمد يقسم المال على أصولهم وينقل نصيب كل أصل إلى فروعه .

مثاله : ثلاث بنات أخوات متفرّقات ، عند أبي يوسف المال كله لبنت الأخت لأبوين ؛ وعند محمد لها ثلاثة أخماس ، ولبنت الأخت من الأب خمس ، ولبنت الأخت لأم خمس باعتبار الأصول فرضا وردا . ثلاث بنات إخوة متفرّقين ،عند أبي يوسف كلّ المال لبنت الأخ من الأبوين ؛ وعند محمد لبنت الأخ من الأم السدس ، والباقي لبنت الأخ من الأبوين : بنت أخت لأب وبنت أخت لأم ، المال للأولى عند أبي يوسف لأنها أقوى؛ وعند محمد لها ثلاثة أرباع ، وللأخرى الربع فرضا وردّا اعتبارا بالأصول . ابنا أخت لأبوين وبنت أخت لأم ، عند أبي يوسف المال للابنين ؛ وعند محمد ابنا أخت كأختين ، فيقسم المال بينهم على خمسة ، وأولاد هؤلاء كأصولهم المدلي بوارث أولى إذا استووا .

مثاله : ابن ابن أخ لأم ، وابن بنت أخ لأبوين ، وبنت ابن أخ لأب ، المال للبنت لأنها تدلي بوارث .

الصنف الرابع : أقربهم إلى الميت أولاهم ، فعمة الأب أولى من عمة الجد ، وإن استووا فمن كان لأب وأم أولى ، ثم من كان لأب ، ثم من كان لأم ؛ فالعمة لأبوين أولى من العمة لأب ومن العمة لأم ، والعمة لأب أولى من العمّ والعمة لأم ، والخالات والأخوال على هذا الترتيب. وإن تساووا في القرابة وهم من جنس واحد فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين . وإن اجتمع الجنسان العمومة والخئولة ، فالثلثان لجانب العمومة والثلث لجانب الخئولة كيف كانوا في العدد والذكورة والأنوثة .

مثاله : عمة وعشرة أخوال ، للعمة الثلثان ، وللأخوال الثلث . عمة وخال أو خالة ، للعمة الثلثان وللخالة الثلث ؛ والقياس أن لايكون للخال والخالة شيء ، لأن قرابة الأب أقوى كما لاشيء للعمة لأم مع العمة لأب ، إلا أنا تركنا القياس باجماع الصحابة ، فانهم قالوا : للعمة الثلثان وللخالة الثلث ، ولأن العمة لما كانت من جهة الأب فهي كالأب والخالة كالأم ، فصار كأنه ترك أبا وأما فيقسم بينهما أثلاثا كذا هذا ، بخلاف ما ذكر لأن العمات كلهن من جهة الأب ، والعمة لأب أقوى من العمة لأم فلا ترث معها كالأعمام ، وذوقرابتين من أحد الجنسين لايحجب ذا القرابة الواحدة من الجنس الآخر ، لأن الصحابة رضي الله عنهم جعلوا الميراث بين الخالة والعمة أثلاثا مطلقا فيجرى الإجماع على الإطلاق .

. . . .

مثاله : عمة لأبوين وخالة لأب ، الثلثان للعمة ، والثلث للخالة . وروى ابن سماعة عن أبى يوسف-المال كله للعمة . خالة لأبوين وعمة لأب كذلك . وعن أبى يوسف المال كله للخالة ، وإذا اجتمع الجنسان من جهة الأب والجنسان من جهة الأم فالثلثان لقرابتى الأب ، والثلث لقرابتى الأم ، ثم ما أصاب قرابة الأب ثلثاه لقرابة أبيه ، وثلثه لقرابة أمه ، وما أصاب قرابة الأم كذلك .

مثاله : عمة الأب وخالته وعمة الأم وخالتها ، الثلثان للعمتين بينهما أثلاثا ، والثلث للخالتين بينهما أثلاثا وقد انكسر بالأثلاث فاضرب ثلاثة فى ثلاثة تكن تسعة منها تصح .

وأولاد هذه الأصناف حكمهم حكم آبائهم فى جميع ما ذكرنا عند عدم آبائهم ، والله الموفق

فصل : فى الولاء

وهو نوعان : ولاء عتاقة وولاء موالاة ، وقد ذكرنا صورتهما وأحكامهما فى كتاب الولاء ، ونذكر فى هذا الفصل ما يتعلق بالإرث ، فنبدأ بولاء العتاقة فنقول :

إذا مات المعتق ولا عصبة له من جهة النسب فالمولى المعتق عصبته ، لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » وقال عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمة كلحمة النسب » ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنهما عنها وعن بنت ، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين . وأعتق رجل عبدا له عند رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فقال عليه الصلاة والسلام « إن شكرك (١) فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك ، وإن مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته » ولا يرث الأسفل من الأعلى لأنه لاقرابة بينهما وإنما ألحق الولاء بالنسب فى حق الأعلى حيث أنعم على عبده بالإعتاق وتسبب إلى حياته معنى ، فجوزى باستحقاق الإرث صلة له وكرامة ، وهذا المعنى معدوم من العبد فلا يقاس عليه ، فلو مات المعتق عن صاحب فرض ، والمعتق أخذ صاحب الفرض فرضه والباقى للمعتق لأنه عصبته لما روينا ؛ والولاء يورث به ولا يورث ، قال عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمة كلحمة النسب لايباع ولا يوهب ولا يورث » ويستحق بالعصوبة ، وإليه الإشارة بقوله عليه الصلاة والسلام « كنت أنت عصبته » وليس للنساء من الولاء شىء

---

(١) قوله «إن شكرك الخ» : أى إن جازاك على إحسانك له «فهو خير له» ، لأنه أدى الشكر على النعمة « وشر لك » لأنه يصل لك بعض الثواب فى الدنيا فينتقص فى ثوابك فى الآخرة « وإن كفرك » أى جحد نعمتك « فهو خير لك » لأنك تجد كل الثواب فى الآخرة وشر له لأن كفر النعمة مذموم شرعا اهـ .

. . . .

بالإرث لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن » وهو لأقرب عصبة المعتق ، فلو مات عن ابن المعتق وأبيه فالولاء كله للابن ؛ وقال أبو يوسف : للأب السدس والباقى للابن ، لأن الأب يكون عصبة حتى يحرز جميع المال لو انفرد . ولهما أنه صاحب فرض مع الابن فصار كالزوج فلا يزاحم الابن العصبة ؛ ولو مات عن جد مولاه وأخيه فالكلّ للجد ؛ وقالا : بينهما نصفان وقد عرف ؛ وعن عدّة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا : الولاء للكبر (١) أى للأقرب إلى الميت نسبا ، وهذا لايعرف إلا سماعا فصار كالمرویّ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وصورته : إذا مات المعتق عن ابنين ، ثم مات أحدهما عن ابن ، ثم مات المعتق فولاؤه لابن مولاه دون ابن ابنه لما روينا ولأنه أقرب نسبا وعصوبة ؛ ولو مات الابنان وترك أحدهما ابنا والآخر ابنين فالولاء على عدد رءوسهم لاستوائهم فى العصوبة والقرب ، ولأن الجدّ لو مات قسمت تركته على حفدته كذلك ، فكذلك ما ورثوه بسببه ؛ وأما مولى الموالاة فإن الأعلى يرث الأسفل ويعقل عنه إذا جنى مقابلة للغنم بالغرم ، وهو مؤخر عن ذوى الأرحام لأن ذوى الأرحام يرثون بالقرابة وهى أقوى وآكد من الولاء لأنها لاتقبل النقض والولاء يقبله ، بخلاف الزوجين حيث يرث معهما لأنهما بعد الموت كالأجانب ، ولهذا لايردّ عليهما ، فاذا أخذا حقهما صار الباقى خاليا عن الوارث فيكون لمولى الموالاة . ولو اتفقا فى عقد الموالاة على أن يرث كل واحد من الآخر صح ، وورث كل واحد منهما الآخر إذا لم يكن عصبة ولاذوسهم ولا ذو رحم ، والفرق بين ولاء العتاقة وولاء الموالاة أن السبب فى ولاء العتاقة العتق الذى هو إحياء معنى على ما بينا ، وأنه من الأعلى خاصة ، والسبب فى ولاء الموالاة العقد والشرط ، فيثبت على الوصف الذى عقدا وشرطا . والأصل فى الإرث بولاء الموالاة قوله تعالى ـ والذين عاقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم ـ وكان فى ابتداء الإسلام يتوارثون بالعقد والحلف دون النسب والرحم حتى نزل قوله تعالى ـ وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض ـ فنسخ تقديمه وصار مؤخرا عن ذوى الأرحام وهو مروىّ عن عمر وعثمان وعلىّ وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وجماعة من التابعين رضوان الله عليهم أجمعين ، على أنا نقول بموجب الآية فلا نورّثه مع وجود

---

(١) الكبر ، قال فى مختار الصحاح : وقولهم هو كبر قومه بالضم : أى أقعدهم فى النسب ، وفى الحديث « الولاء للكبر » وهو أن يموت الرجل ويترك ابنا وابن ابن فيكون الولاء للابن دون ابن الابن اهـ .

الغَرْقَى وَالهَدْمَى إذَا لَمْ يُعْلَمْ أَيُّهُمْ مَاتَ أَوَّلاً ، فَمَالُ كُلِّ وَاحِدٍ لِلأَحْيَاءِ مِنْ وَرَثَتِهِ .

ذوى الأرحام ، وإنما نورّثه عند عدمهم فلا تكون الآية ناسخة وهو مذهب أصحابنا ، ولأنه جعل ماله له بعقده ، ولا تعلق للوارث به فصار كالوصية بجميع المال ولا وارث له ، أوكان لكنه أجاز الوصية فانه يجوزكذا هذا ، فصار مستحقا للمال فلا يوضع فى بيت المال ، لأنه إنما يوضع فى بيت المال عند عدم المستحق لأنه مستحق « وسئل عليه الصلاة والسلام عن رجل أسلم على يد رجل ووالاه فقال : هو أحق الناس به محياه ومماته » يشير إلى العقل والإرث فى هاتين الحالتين .

فصل

(الغرقى والهدمى إذا لم يعلم أيهم مات أوّلا ، فمال كل واحد للأحياء من ورثته) وهكذا الحكم فى كل جماعة ماتوا ولا يدرى أيهم مات أوّلا كالقتلى والحرقى ونحوهم ، وهو قول عامة الصحابة والعلماء . وعن علىّ وابن مسعود أنه يرث بعضهم بعضا إلا ما ورث من صاحبه وهو قول أبى حنيفة أوّلا .

مثاله : أخوان غرقا ولكل واحد تسعون دينارا وخلف بنتا وأما وعما ، فعند عامة العلماء تقسم تركة كل واحد بين الأحياء من ورثته البنت والأم والعم على ستة ، ولا يرث أحدهما من الآخر . وعلى قول علىّ وابن مسعود يقسم التسعون للبنت النصف خمسة وأربعون دينارا وللأم السدس خمسة عشر دينارا ، والباقى وهو ثلاثون للأخ ، ولا شىء للعم ، ثم يقسم الثلاثون بين البنت والأم والعم أسداسا كما تقدّم ، والصحيح قول العامة لأنه احتمل موتهما معا واحتمل تقدّم أحدهما واحتمل تأخره ، فوقع الشك فى استحقاقه الميراث واستحقاق الأحياء متيقن فلا يعارضه الشك ، ولأن أحدهما إن جعل حيا حتى ورث من الآخر كيف يجعل ميتا حتى يرثه الآخر ؟ وإن علم موت أحدهما (١) أوّلا ولايدرى أيهم هو أعطى كل واحد اليقين ووقف المشكوك حتى يتبين أو يصطلحوا .

---

(١) قوله وإن علم موت أحدهما ، مثله فى شرح المجمع لمصنفه ، ومثله أيضا فى شرح السراجية لمصنفها ، وتبعه بعض شراحها وعلله فى حاشية عجم زاده بقوله : لأن التذكير غير ميئوس منه ، وقد استدرك عليه فى معراج الدراية بعبارة ضوء السراج . وقال العلامة قاسم : إن مافى الاختيار قول الشافعية ومذهب الحنفية لاتوارث بالكلية ، ويجعلان كأنهما ماتا معا فتنبه لذلك اه بحراوى .

فصـــل

المَجُوسِيُّ لايَرِثُ بالأنكِحَةِ الباطِلَةِ ، وَإذَا اجْتَمَعَ فِيهِ قَرابَتان لَوْ تَفرّقتا فِي شَخْصَيْنِ وَرِثا بِهِما وَرِثَ بِهِما .

والحَمْلُ يَرِثُ وَيُوقَفُ نَصِيبُهُ .

فصـــل

(المجوسى لايرث بالأنكحة الباطلة) لبطلانها ، ويرث بالقرابة لثبوتها ، كما لو مات وترك امرأة هى أمه أو أخته ترث بالأمومة والأخوّة دون الزوجية (وإذا اجتمع فيه قرابتان لو تفرقتا فى شخصين ورثا بهما ورث بهما) وهو مذهب عامة الصحابة . وقال زيد بن ثابت : يرث بأثبتهما ، وهى التى يورث بها بكلّ حال ، وبه قال مالك والشافعى ؛ والصحيح قول العامة ، لأن كل واحدة من القرابتين بانفرادها علة صالحة لاستحقاق الإرث ، ويجوز أن يستحقّ الواحد مالين بجهتين إذا وجد سببا استحقاق كابنى عم أحدهما أخ لأم أو زوج على ما تقدم ، ولا يلزم الأخت لأبوين حيث لاترث بقرابتى الأبوّة والأمومة ؛ لأن الشرع جعلهما قرابة واحدة فى التوريث نصا لاقياسا . وصورته : مجوسى تزوّج بنته فولدت منه بنتا ثم مات فقد مات عن بنتين فلهما الثلثان والباقى لعصبته وسقط اعتبار الزوجية ، ولو ماتت بعده البنت التى كانت زوجة فقد ماتت عن بنت هى أختها ، فلها جميع المال النصف بالبنتية والنصف بعصبة الأختية ؛ وعند زيد لها النصف بالبنتية لاغير ؛ ولو ماتت بعده البنت المولودة فقد خلفت أمها وهى أختها من الأب فلها الثلث بالأمومة والنصف بالأختية والباقى للعصبة . وعند زيد لها الثلث بالأمومة لاغير لأنها أثبتهما قرابة لأنها لاتحجب بحال ، وإذا ترافعوا إلينا قسمنا بينهم كالقسمة بين المسلمين ، قال تعالى - فان جاءوك فاحكم بينهم - وهو مروىّ عن عمر وعلىّ وابن مسعود وابن عباس ، ورواية عن زيد رضى الله عنهم .

فصـــل

(والحمل يرث ويوقف نصيبه) باجماع الصحابة ، ولأنه يحتمل وجوده فيرث ، ويحتمل عدمه فلا يرث فيوقف حتى يتبين بالولادة احتياطا ؛ فان ولد إلى سنتين حيا ورث لأنه عرف وجوده وإن احتمل حدوثه بعد الموت لكن جعل موجودا قبل الموت حكما حتى يثبت نسبه لقيام الفراش فى العدّة ، وهذا إذا كان الحمل من الميت ؛ فأما إذا كان من غير الميت ، كما إذا مات وأمه حامل من غير أبيه وزوجها حىّ ، فان جاءت به لأكثر من ستة

. . . .

أشهر لايرث لاحتمال حدوثه بعد الموت فلا يرث بالشك إلا أن تقر الورثة بحملها يوم الموت ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فانه يرث لأنا تيقنا بوجوده عند موته ، ثم الحمل لايخلو إما أن يكون ممن يحجب حجب حرمان أو حجب نقصان أو يكون مشاركا لهم ؛ فان كان يحجب حجب حرمان ، فان كان يحجب الجميع كالإخوة والأخوات والأعمام وبنيهم توقف جميع التركة إلى أن تلد لجواز أن يكون الحمل ابنا ، وإن كان يحجب البعض كالإخوة والجدة تعطى الجدة السدس ويوقف الباقى ، وإن كان يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يعطون أقل النصيبين ويوقف الباقى ، وكذلك يعطى الأب السدس لاحتمال أنه ابن ، وإن كان لايحجبهم كالجد والجدة يعطون نصيبهم ويوقف الباقى ، وإن كان لايحجبهم ولكن يشاركهم بأن ترك بنين أو بنات وحملا ، روى ابن المبارك عن أبى حنيفة أنه يوقف له نصيب أربعة من البنين أو البنات أيهما أكثر لأنه قد وقع ذلك فيوقف ذلك احتياطا ، وكان شريك بن عبد الله ممن حملت به أمه مع ثلاثة . وروى هشام عن أبى يوسف وهو قول محمد أنه يوقف نصيب ابنين لأنه كثير الوقوع وما زاد عليه نادر فلا اعتبار به . وروى الخصاف عن أبى يوسف وهو قوله أنه يوقف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى لأنه الغالب المعتاد وما فوقه محتمل ، والحكم مبنى على الغالب دون المحتمل ، فان ترك ابنين وحملا ؛ فعلى قول ابن المبارك يوقف ثلثا المال ، وعلى قول محمد نصف المال وعلى قول أبى يوسف ثلث المال ؛ وإن ولد ميتا لاحكم له ولا إرث ، وإنما تعرف حياته بأن تنفس كما ولد أو استهل بأن سمع له صوت أو عطس أو تحرك عضو منه كعينيه أو شفتيه أو يديه ، لأن بهذه الأشياء تعلم حياته ، قال عليه الصلاة والسلام « إذا استهل الصبى ورث وصلى عليه » فإن خرج الأكثر حيا ثم مات ورث ، وبالعكس لااعتبارا للأكثر ، فإن خرج مستقيما فاذا خرج صدره ورث ، وإن خرج منكوسا يعتبر خروج سرته ، وإن مات بعد الاستهلال ورث وورث عنه .

فصل المفقود

وقد ذكرنا أحكامه وما يتعلق به حال حياته ، ومتى يحكم بموته فى بابه ، ونذكر هنا ما يختص بالإرث فنقول : من مات فى حال فقده ممن يرثه المفقود يوقف نصيب المفقود إلى أن يتبين حاله لاحتمال بقائه ، فاذا مضت المدة التى تقدم ذكرها على ما فيها من الاختلاف ولم يعلم حاله وحكمنا بموته قسمت أمواله بين الموجودين من ورثته كما بينا ؛ وأما الموقوف من تركة غيره فانه يرد على ورثة ذلك الغير ويقسم بينهم كأن المفقود لم يكن لأنا تيقنا بكونهم وارثين وشككنا فيه ، فكان توريثهم أولى لأن الشك لايعارض اليقين .

. . . .

والأصل فى ذلك إن كان معه وارث يحجب به لايعطى شيئا ، وإن كان لايحجب ولكن ينقص يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقى .

مثاله : مات عن بنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن ، يعطى البنتان النصف لأنه متيقن ويوقف النصف الآخر ، ولا يعطى ولد الابن شيئا لأنهم يحجبون به فلا يعطون بالشك ، وإن كان معه وارث لايحجب كالجد والجدة يعطى كل نصيبه كما فى الحمل .

فصل الخنثى

قد سبق فى كتاب الخنثى صورته وأحكامه والاختلاف فيه والدليل على توريثه من مثاله ، ونذكر الآن أحكام ميراثه . والأصل فيه أن أبا حنيفة رحمه الله يعطيه أخس النصيبين فى الميراث احتياطا ، فلومات أبوه وتركه وابنا فللابن سهمان وله سهم ؛ ولو تركه وبنتا فالمال بينهما نصفان فرضا وردا . أخت لأب وأم وخنثى لأب وعصبة ، للأخت النصف وللخنثى السدس تكملة الثلثين كالأخت من الأب والباقى للعصبة . زوج وأم وخنثى لأبوين للزوج النصف وللأم الثلث والباقى للخنثى ويجعل ذكرا لأنه أقل . زوج وأخت لأبوين وخنثى لأب سقط ويجعل عصبة لأنه أسوأ الحالين . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : للخنثى نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى عملا بالشبهين ، وهو قول الشعبى . مثاله : ابن وخنثى . قال محمد على قول الشعبى : المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف رحمه الله : على سبعة ، للابن أربعة ، وللخنثى ثلاثة ، لأن الابن عند الانفراد يستحق جميع المال ، والخنثى يستحق ثلاثة أرباعه ، فاذا اجتمعا يقسم بينهما على قدر حقيهما فيضرب هذا بأربعة وهذا بثلاثة فيكون سبعة . ولمحمد رحمه الله أن الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين ، ولو كان أنثى كان أثلاثا فيحتاج إلى حساب له نصف وثلث وأقله ستة ، فلو كان الخنثى ذكرا يكون له ثلاثة ، ولو كان أنثى فاثنان فسهمان له بيقين ووقع الشك فى سهم فينصف فيكون له سهمان ونصف فيضعف ليزول الكسر فتصير اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ، وعلى هذا تخرج جميع مسائل الخنثى .

فصـــل

قد ذكرنا أن الموانع من الإرث : الرق ، والقتل ، واختلاف الملتين والدارين حكما . أما الرق فلأن العبد لاملك له وليس من أهل الملك والتملك ، وكذلك المكاتب . فالة

. . . .

عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » فلا يرث ولا يورث ولا يحجب ، فان مات وترك وفاء أدى عنه بدل الكتابة والباقي لورثته على ماعرف فى بابه ، والمستسعى كالمكاتب عنده ، وقد مر فى العتق . وأما الكفر ، فلقوله عليه الصلاة والسلام « لايتوارث أهل ملتين شتى ، لايرث كافر من مسلم ، ولا مسلم من كافر » والكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضا وإن اختلفت شرائعهم. روى سعيد بن جبير عن عمر رضى الله عنه أنه قال : الكفر كله ملة واحدة ولأن الكفر كله ضلال وهو ضد الإسلام فيجعل ملة واحدة ، ويتوارثون بما يتوارث به أهل الإسلام من الأسباب إلا الأنكحة الباطلة ؛ واختلاف الدارين حقيقة أن يكون لكل دار ملك على حدة ويرى كل واحد منهما قتال الآخر كالروم والصين ، لأن عند ذلك تكون الولاية منقطعة فيما بينهم كدار الإسلام ودار الحرب .

أهل الذمة وأهل الحرب لاتوارث بينهم ، سواء كان الحربى فى دارهم أو مستأمنا عندنا لايرث الذمى ولا يرثه الذمى لانقطاع الولاية فيما بين أهل الدارين ، لأن الحربى باق على حكم حربه فانه لايمنع من العود إلى داره ، وهذا معنى اختلاف الدارين حكما ؛ وإذا مات المستأمن عندنا وترك مالا يجب أن نبعثه إلى ورثته وفاء بمقتضى الأمان ؛ ومن مات من أهل الذمة ولاوارث له فماله لبيت المال لأنه لامستحق له ، وميراث المرتد وأحكامه مر فى السير . وأما القتل فالقاتل مباشرة بغير حق لايرث من مقتوله عمدا كان أو خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم « لاميراث لقاتل بعد صاحب البقرة » من غير فصل بين العمد والخطأ ،وقتل الصبى والمجنون والمعتوه والمبرسم والموسوس لايوجب حرمان الميراث لأن الحرمان ثبت جزاء قتل محظور ، وفعل هؤلاء ليس بمحظور لقصور الخطاب عنهم فصار كالقتل بحق ، والحديث خص عنه القتل بحق فتخص هذه الصور بظاهر آيات المواريث وظاهر الآيات أقوى من ظاهر الحديث . والتسبيب إلى القتل لايحرم الميراث كحافر البئر وواضع الحجر وصب الماء فى الطريق ونحوه ، لأن حرمان الميراث يتعلق بالقتل حقيقة والتسبيب ليس قتلا حقيقة لأن القتل ما يحل فى الحى فيؤثر فى انزهاق الروح والتسبيب ليس كذلك لأنه فعل فى غيره تعدى أثره إليه ، وصار كمن أوقد نارا فى داره فأحرق دار جاره لاضمان عليه ؛ وكل قتل أوجب القصاص أو الكفارة كان مباشرة فيحرم به الميراث ، ومالا يوجب ذلك فهو تسبيب لايحرم الميراث ، والراكب مباشر لأن ثقله وثقل الدابة اتصل بالمقتول فكأنهما وطئاه جميعا ، والنائم ينقلب على مورثه فيقتله مباشرا ، والقائد والسائق مسبب لأنه لم يتصل ثقله بالمقتول فلا يكون مباشرا ، وفى قتل الباغى العادل وعكسه تفصيل وخلاف عرف فى السير بتوفيق الله تعالى .

فصـــل

المُناسَخَةُ : أنْ يَمُوتَ بَعْضُ الوَرَثَةِ قَبْلَ القِسْمَةِ . وَالأَصْلُ فِيهِ أنْ تُصَحَّحَ فَرِيضَةُ المَيِّتِ الأوَّلِ وتُصَحَّحَ فَرِيضَةُ المَيِّتِ الثَّانِى ، فانِ انْقَسَمَ نَصِيبُ المَيِّتِ الثَّانِى مِنْ فَرِيضَةِ الأوَّلِ عَلى وَرَثَتِهِ فَقَدْ صَحَّتِ المَسْأَلتَانِ ؛ وَإنْ كانَ لايَسْتَقِيمُ ، فانْ كانَ بَيْنَ سِهامِهِ وَمَسْأَلَتِهِ مُوافَقَةٌ فاضْرِبْ وَفْقَ التَّصْحِيحِ الثَّانِى فِى التَّصْحِيحِ الأوَّلِ ؛ وَإنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُما مُوافَقَةٌ فاضْرِبْ كُلَّ الثَّانِى فِى الأوَّلِ ، فالحاصِلُ مَخْرَجُ المَسْأَلَتَيْنِ .

وَطَرِيقُ القِسْمَةِ أنْ تَضْرِبَ سِهامَ وَرَثَةِ المَيِّتِ الأوَّلِ فى المَضْرُوبِ ، وَسِهامَ وَرَثَةِ المَيِّتِ الثَّانِى فِى كُلِّ ما فِى يَدِهِ أوْ فِى وَفْقِهِ ، ؛ فانْ ماتَ ثالِثٌ فَصَحِّحِ المَسْأَلَتَيْنِ الأُولَيَيْنِ ، وَانْظُرْ إلى سِهامِ الثَّالِثِ مَعَهُما إنْ كانَ مِنْهُما أوْ مِنْ أحَدِهِما ، فانِ انْقَسَمَتْ عَلى مَسْأَلَتِهِ فَقَدْ صَحَّتِ المَسائِلُ الثَّلاثُ ،

فصل المناسخات

(المناسخة : أن يموت بعض الورثة قبل القسمة . والأصل فيه أن تصحح فريضة الميت الأوّل وتصحح فريضة الميت الثانى ، فان انقسم نصيب الميت الثانى من فريضة الأوّل على ورثته فقد صحت المسألتان) .

مثاله : ابن وبنت مات الابن عن ابنين ، فريضة الأوّل من ثلاثة للابن سهمان وللبنت سهم ، وفريضة الثانى من اثنين فيقسم نصيبه على ورثته (وإن كان لايستقيم ، فان كان بين سهامه ومسألته موافقة فاضرب وفق التصحيح الثانى فى التصحيح الأو ل ، وإن لم يكن بينهما موافقة فاضرب كل الثانى فى الأوّل ، فالحاصل مخرج المسألتين . وطريق القسمة أن تضرب سهام ورثة الميت الأوّل فى المضروب ، وسهام ورثة الميت الثانى فى كل ما فى يده أو فى وفقه) لأن تركة الثانى بعض فريضة الأوّل ، فاذا صار جميع الفريضة الأولى مضروبا فى جميع الثانية صار كل بعض منها مضروبا فى جميع الثانية فتصير جميع الثانية مضروبا فى بعض الأولى وهو تركة الثانى ضرورة لأن الضرب يقوم بالطرفين (فان مات ثالث فصحح المسألتين الأوليين) على ما ذكرنا (وانظر إلى سهام الثالث معهما إن كان منهما أو من أحدهما ، فان انقسمت على مسألته فقد صحت المسائل الثلاث ،

وَإِنْ لَمْ تَنْقَسِمْ فَاضْرِبْ مَسْأَلَتَهُ أَوْ وَفْقَهَا فِيمَا صَحَّتْ مِنْهُ الأُولَيَانِ ، فَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الأُولَى وَالثَّانِيَةِ مَضْرُوبٌ فِي الثَّالِثَةِ أَوْ فِي وَفْقِهَا ، وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ فِي الثَّالِثَةِ مَضْرُوبٌ فِي سِهَامِ المَيِّتِ الثَّالِثِ أَوْ فِي وَفْقِهَا ، وَكَذَا إِنْ مَاتَ رَابِعٌ وَخَامِسٌ .

وإن لم تُنقسم فاضرب مسألته أو وفقها فيما صحت منه الأوليان ، فمن له شيء من الأولى والثانية مضروب فى الثالثة أو فى وفقها ، ومن له شيء فى الثالثة مضروب فى سهام الميت الثالث أو فى وفقها ، وكذا إن مات رابع وخامس) .

مثاله : امرأة وأم وأخت من أم وعم ، مات العم وخلف ابنا وبنتا ، الأولى من اثنى عشر والثانية من ثلاثة وسهام العم ثلاثة تستقيم على مسألته فقد صحت المسألتان من اثنى عشر . آخر : زوجة وثلاث أخوات متفرقات وعم ، ماتت الأخت من الأبوين وخلفت هؤلاء ، الأولى من ثلاثة عشر للأخت من الأبوين ستة تنقسم على تركتها فصحت المسألتان من ثلاثة عشر ، حصل للأخت من الأب خمسة : سهمان من الأولى ، وثلاثة من الثانية ، وللأخت من الأم ثلاثة ، من الأولى سهمان ومن الثانية سهم ، وللعم سهمان من الثانية ، وللزوجة ثلاثة من الأولى . آخر زوجة وثلاث أخوات متفرقات ، ماتت الأخت من الأبوين وخلفت زوجا وأختا لأب وأختا لأم ، الأولى من ثلاثة عشر ، والثانية من سبعة ، وسهام الميت الثانى من التركة الأولى ستة لاتستقيم على مسألتها وهى سبعة ولا موافقة ، فاضرب سبعة فى ثلاثة عشر يكن إحدى وتسعين منها تصح المسألتان . آخر زوجة وثلاث أخوات متفرقات وأم وأخ لأم من سبعة عشر ، ماتت الأم وخلفت أبا وأما وابنا وابنتين من ستة وسهامها من الأولى اثنان لاتستقيم على مسألتها لكن توافق بالنصف ، فاضرب وفق مسألتها وهو ثلاثة فى سبعة عشر يكن إحدى وخمسين منها تصح المسألتان ، فكل من له شيء من الأولى مضروب فى ثلاثة ، ومن له شيء من الثانية مضروب فى واحد فيكون للمرأة تسعة وللأخت من الأبوين ثمانية عشر وللأخت من الأب ستة ، وللأخت من الأم ستة ، وللأخ من الأم ستة ، ولكل واحد من الأبوين سهم واحد (١) . آخر ابنان مات أحدهما وترك بنتا وأخا ، ثم ماتت البنت وتركت زوجا وبنتا وعما هو ابن الميت الأول ، الأولى من اثنين وكذلك الثانية ، والثالثة من أربعة ، اضرب أربعة فى مبلغ الفريضتين الأوليين وهى أربعة تكن ستة عشر منها تصح المسائل ، للعم من المسألتين الأوليين سهمان من مسألة الأب ، وسهم من الأخ اضربها فى أربعة يكن اثنى عشر ، وكان للميت الثالث سهم من أبيها مضروب فى أربعة يستقيم على ورثتها ، للبنت سهمان ، وللزوج بسهم ،

---

(١) أى مضروبا فى ثلاثة ، وبهذا يكون المجموع واحدا وخمسين اهـ .

حساب الفرائض

اعْلَمْ أنَّ الفُرُوضَ نَوْعانِ : الأوَّلُ النِّصْفُ وَالرُّبُعُ وَالثُّمُنُ . وَالثَّانِي الثُّلُثُ وَالثُّلُثانِ وَالسُّدُسُ ، فالنِّصْفُ مِنِ اثْنَيْنِ ، وَالرُّبُعُ مِنْ أرْبَعَةٍ ، وَالثُّمُنُ مِنْ ثَمانِيَةٍ ، وَالثُّلُثانِ وَالثُّلُثُ مِنْ ثَلاثَةٍ ، وَالسُّدُسُ وَالسُّدُسانِ مِنْ سِتَّةٍ ، فإذَا اخْتَلَطَ النِّصْفُ مِنَ النَّوْعِ الأوَّلِ بِكُلِّ النَّوْعِ الثَّانِي أوْ بِبَعْضِهِ أوْ باثْنَيْنِ فَهِيَ مِنْ سِتَّةٍ ، وَإنِ اخْتَلَطَ الرُّبُعُ بالكُلِّ أوْ بِبَعْضِهِ فَمِنِ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَإنِ اخْتَلَطَ الثُّمُنُ كَذَلِكَ فَمِنْ أرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ؛

والباقى للعمّ وهو سهم فحصل له وهو ابن الميت الأوّل وأخ الثانى وعمّ الثالث ثلاثة عشر من المسائل ، من الأولى ثمانية ، ومن الثانية أربعة ، ومن الثالثة سهم . آخر رجل مات وترك ابنين وبنتين ثم مات أحد الابنين عن امرأة وبنت وعصبة ، الأولى من ستة والثانية من ثمانية ، وسهامه من الأوّل اثنان لايستقيم على مسألته لكن يوافق فريضة بالنصف فاضرب وفق فريضته وهو أربعة فى الفريضة الأولى وهى ستة تكنّ أربعة وعشرين منها تصحّ المسألتان ، كان للابن من الميت الأوّل سهمان مضروبان فى أربعة تكنّ ثمانية ، وللبنتين سهمان مضروبان فى أربعة ثمانية ، وللزوجة سهم مضروب فى وفق فريضة وهو سهم يكون لها ، وللبنت أربعة مضروبة فى سهم هى لها ، وللعمّ ثلاثة فى سهم هى له ؛ ولو ماتت البنت عن زوج وأم وعصبة تصحّ من ستة ، وسهامها من المسألة الثانية أربعة ، وبينهما موافقة بالنصف فاضرب وفق فريضتها وهى ثلاثة فى مبلغ الفريضتين الأولتين وهو أربعة وعشرون تكنّ اثنين وسبعين منها تصحّ المسائل ؛ وعلى هذا تخرج جميع مسائل هذا الباب ، والذى يسهل ذلك المباشرة وكثرة العمل بتوفيق الله تعالى .

حساب الفرائض

(اعلم أن الفروض نوعان : الأوّل النصف والربع والثمن . والثانى الثلث والثلثان والسدس) ومخرج كل كسر عدد مافى الواحد من أمثاله ومخرج الكسر المكرّر مخرج الكسر المفرد كالثلث والثلثين والسدس والسدسين (فالنصف من اثنين ، والربع من أربعة ، والثمن من ثمانية ، والثلثان والثلث من ثلاثة ، والسدس والسدسان من ستة ؛ فاذا اختلط النصف من النوع الأوّل بكل النوع الثانى) وهو الثلث والثلثان والسدس (أو ببعضه) أى بواحد منها (أو باثنين فهى من ستة ؛ وإن اختلط الربع بالكل أو ببعضه فمن اثنى عشر ، وإن اختلط الثمن كذلك فمن أربعة وعشرين) وقد تقدّم أمثلته فى فصل العول ،

فاذا صَحَّتِ الفَرِيضَةُ ، فان انقَسَمَتْ سِهامُ كُلِّ فَرِيقٍ عَلَيْهِ فَلا حاجَةَ للضَّرْبِ ، وَإن انكَسَرَتْ فاضْرِبْ عَدَدَ رُءُوسِ مَنِ انكَسَرَ عَلَيْهِ فِي أصْلِ المَسْألَةِ وَعَوْلِها إنْ كانَتْ عائِلَةً فَمَا خَرَجَ صَحَّتْ مِنْهُ المَسْألَةُ ، وَإنْ وافَقَ سِهامُهُمْ عَدَدَهُمْ فاضْرِبْ وَفْقَ عَدَدِهِمْ فِي المَسْألَةِ ، وَإن انكَسَرَتْ عَلَى فَرِيقَيْنِ فاطْلُبِ المُوافَقَةَ بَيْنَ سِهامِ كُلِّ فَرِيقٍ وَعَدَدِهِمْ ثُمَّ بَيْنَ العَدَدَيْنِ ، فإنْ كانا مُتَماثِلَيْنِ فاضْرِبْ أحَدَهُما فِي أصْلِ المَسْألَةِ ، وَإنْ كانا مُتَداخِلَيْنِ فاضْرِبْ أكْثَرَهُما ، وَإنْ كانا مُتَوافِقَيْنِ فاضْرِبْ وَفْقَ أحَدِهِما فِي الآخَرِ فَمَا خَرَجَ فِي المَسْألَةِ ، وَإنْ كانا مُتَبايِنَيْنِ فاضْرِبْ كُلَّ أحَدِهِما فِي الآخَرِ ثُمَّ المَجْمُوعَ فِي المَسْألَةِ ،

(فاذا صحت الفريضة ، فان انقسمت سهام كل فريق عليه فلا حاجة للضرب ، وإن انكسرت فاضرب عدد رءوس من انكسر عليه فى أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة فما خرج صحت منه المسألة) مثاله : امرأة وأخوان للمرأة الربع سهم يبقى ثلاثة لايستقيم على أخوين ولا يوافقه فاضرب اثنين فى أربعة يكن ثمانية منها تصح (وإن وافق سهامهم عددهم فاضرب وفق عددهم فى المسألة) مثاله : امرأة وستة إخوة ، للزوجة الربع يبقى ثلاثة لاتستقيم على ستة وبينهما موافقة بالثلث ، فاضرب وفق عددهم وهو اثنان فى أصل المسألة وهو أربعة تكن ثمانية منها تصح ، كان للزوجة سهم فى اثنين تكن اثنين ، وللإخوة ثلاثة فى اثنين يكن ستة لكل واحد سهم . آخر زوجة وستة إخوة وثلاث أخوات لأبوين ، أصلها من أربعة ، للزوجة سهم يبقى ثلاثة لاتستقيم على خمسة عشر لكن بينهما موافقة بالثلث فترجع الخمسة عشر إلى ثلثها وهو خمسة فاضرب خمسة فى أربعة تكن عشرين منها تصح (وإن انكسرت على فريقين فاطلب الموافقة بين سهام كل فريق وعددهم ثم بين العددين ، فان كانا متماثلين فاضرب أحدهما فى أصل المسألة ، وإن كانا متداخلين فاضرب أكثرهما ، وإن كانا متوافقين فاضرب وفق أحدهما فى الآخر فما خرج فى المسألة ، وإن كانا متباينين فاضرب كل أحدهما فى الآخر ثم المجموع فى المسألة) مثاله : ثلاثة أعمام وثلاث بنات ، للبنات الثلثان يبقى سهم للأعمام فقد انكسر على الفريقين وهما متماثلان فاضرب عدد أحدهما وهو ثلاثة فى أصل المسألة تكن تسعة منها تصح . آخر خمس جدات وخمس أخوات لأبوين وعم أصلها من ستة ولا موافقة بين السهام والأعداد لكن الأعداد متماثلة ، فاضرب أحدهما وهو خمسة فى المسألة تكن ثلاثين منها تصح . آخر جدة وست أخوات لأبوين وتسع أخوات لأم من ستة وتعول إلى سبعة ، للجدة سهم وللأخوات لأم سهمان ولا موافقة ، وللأخوات

وَإِنِ انْكَسَرَ عَلَى ثَلَاثِ فِرَقٍ أَوْ أَكْثَرَ فَكَذَلِكَ تُطْلَبُ الْمُشَارَكَةُ أَوَّلاً بَيْنَ السِّهَامِ وَالْأَعْدَادِ ، ثُمَّ بَيْنَ الْأَعْدَادِ وَالْأَعْدَادِ ، ثُمَّ افْعَلْ كَمَا فَعَلْتَ فِي الْفَرِيقَيْنِ فِي الْمُدَاخَلَةِ وَالْمُمَاثَلَةِ وَالْمُوَافَقَةِ وَالْمُبَايَنَةِ وَمَا حَصَلَ مِنَ الضَّرْبِ بَيْنَ الْفِرَقِ وَسِهَامِهِمْ يُسَمَّى جُزْءَ السَّهْمِ فَاضْرِبْهُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ .

لأبوين أربعة وبينهما موافقة بالنصف فترجع إلى ثلاثة وهى داخلة فى التسعة ، فاضرب تسعة فى أصل المسألة وهى سبعة تكنّ ثلاثة وستين منها تصحّ . آخر بنت وست جدات وأربع بنات ابن وعمّ ، من ستة ولا موافقة بين السهام والأعداد ، لكن بين الرءوس وهى الستة والأربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما فى الآخر يكنّ اثنى عشر ثم اثنى عشر فى المسألة يكنّ اثنين وسبعين منها تصحّ . آخر زوجة وستّ عشرة أختا لأم وخمسة وعشرون عما ربع وثلث وما بقى أصلها من اثنى عشر ، وبين سهام الأخوات وعددهن موافقة بالربع فترجع إلى أربعة ، وبين الأعمام وسهامهم موافقة بالخمس فترجع إلى خمسها وهى خمسة ، ولاموافقة بين الأعداد ، فاضرب أحد العددين وهوأربعة فى الآخر وهو خمسة يكنّ عشرين ثم اضربها فى أصل المسألة اثنى عشر يكنّ مائتين وأربعين منها تصحّ (وإن انكسر على ثلاث فرق أو أكثر فكذلك تطلب المشاركة أوّلا بين السهام والأعداد ، ثم بين الأعداد والأعداد ، ثم افعل كما فعلت فى الفريقين فى المداخلة والمماثلة والموافقة والمباينة) ولا يتصوّر الكسر على أكثر من أربع فرق فى الفرائض (وما حصل من الضرب بين الفرق وسهامهم يسمى جزء السهم فاضربه فى أصل المسألة) مثاله : أربع زوجات وثلاث جدات واثنا عشر عما ، أصلها من اثنى عشر للزوجات الربع ثلاثة ، وللجدات السدس سهمان ، وللأعمام ما بقى سبعة ، ولاموافقة بين الأعداد والسهام ، لكن الأعداد متداخلة ، فاضرب أكثرها وهو اثنى عشر فى أصل المسألة تكنّ مائة وأربعة وأربعين منها تصحّ ، كان للزوجات ثلاثة فى اثنى عشر تكنّ ستة وثلاثين لكل زوجة تسعة ، وكان للجدات سهمان فى اثنى عشر أربعة وعشرين لكل جدة ثمانية ، وكان للأعمام سبعة فى اثنى عشر أربعة وثمانين لكل عمّ سبعة . آخر ستّ جدات وتسع بنات وخمسة عشر عما أصلها من ستة ، للجدات سهم لاينقسم ولا موافقة ، وللبنات أربعة كذلك ، وللأعمام سهم كذلك ، وبين أعدادهم موافقة ، فاضرب ثلث الجدات وهو اثنان فى عدد البنات وهو تسعة تكنّ ثمانية عشر ، ثم اضرب وفقها الثلث وهوستة فى عدد الأعمام وهو خمسة عشر تكنّ تسعين ، ثم اضرب التسعين فى أصل المسألة وهو ستة تكنّ خمسمائة وأربعين منها تصحّ . آخر زوجتان وعشر جدات وأربعون أختا لأم وعشرون عما ، أصلها من اثنى عشر للزوجتين الربع ثلاثة لاتنقسم ولا موافقة ، وللجدات السدس سهمان لاينقسم لكن بينهما

. . . .

موافقة بالنصف فيرجع إلى نصفها و هى خمسة ، وللأخوات الثلث أربعة لاينقسم ولكن يوافق بالربع فيرجع إلى ربعها وهو عشرة ، وللأعمام ما بقى وهو ثلاثة لاتستقيم ولا موافقة والخمسة والعشرة داخلة فى العشرين ، فاضرب عشرين فى أصل المسألة وهو اثنا عشر تكنّ مائتين وأربعين منها تصحّ . آخر أربع زوجات وخمس عشرة جدة وثمانى عشرة بنتا وستة أعمام ، أصلها من أربعة وعشرين ، للزوجات الثمن ثلاثة لايستقيم ولايوافق ، وللجدات السدس أربعة كذلك ، وللبنات الثلثان ستة عشر بينهم موافقة بالنصف فيرجع إلى النصف وهى تسعة ، بقى للأعمام سهم معنا أربعة وخمسة عشر وتسعة وستة وبين التسعة والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما فى الآخر يكن ثمانية عشر بينهما وبين الخمسة عشر موافقة بالثلث أيضا ، فاضرب ثلث أحدهما فى الآخر يكنّ تسعين وهى توافق الأربعة بالنصف فاضرب اثنين فى التسعين يكنّ مائة وثمانين اضربها فى أصل المسألة أربعة وعشرين يكنّ أربعة آلاف وثلاثمائة وعشرين منها تصحّ . آخر زوجتان وعشر بنات وست جدات وسبعة أعمام ، من أربعة وعشرين ، للزوجتين الثمن ثلاثة لاينقسم ولا يوافق ، وللبنات الثلثان ستة عشر بينهما موافقة بالنصف فترجع إلى خمسة ، للجدات السدس أربعة بينهما موافقة بالنصف أيضا يرجع إلى ثلاثة ، وللأعمام سهم ، هنا اثنان وخمسة وثلاثة وسبعة كلها متباينة فاضرب اثنين فى خمسة تكنّ عشرة ، اضربها فى ثلاثة تكنّ ثلاثين ، اضربها فى سبعة تكنّ مائتين وعشرة ، اضربها فى أصل المسألة تكنّ خمسة آلاف وأربعين .

فصل : فى معرفة التوافق والتماثل والتداخل والتباين

اعلم أن كل عددين لايخلو عن هذه الأقسام الأربعة . أما المتماثلان فهما المتساويان كالثلاثة والثلاثة ، والخمسة والخمسة وهذا يعرف بالبديهية . وأما المتداخلان فكلّ عددين أحدهما جزء الآخر وهو أن لايكون أكثر من نصفه كالثلاثة مع التسعة والأربعة مع الاثنى عشر ، فالثلاثة ثلث التسعة ، والأربعة ثلث الاثنى عشر ، والأربعة نصف الثمانية ، وكذلك الثلاثة مع الستة . طريق معرفة ذلك أن تسقط الأقلّ من الأكثر ، فان فنى به فهما متداخلان كالخمسة والأربعة مع العشرين ، فانك إذا أسقطت الخمسة من العشرين أربع مرّات ، أو الأربعة خمس مرّات فنيت العشرون فعلمت أنهما متداخلان . أو نقول : كل عددين ينقسم الأكثر على الأقلّ قسمة صحيحة فهما متداخلان كما ذكرنا ، فانك إذا قسمت العشرين على الخمسة يجيء أربعة أقسام صحيحة ، وكذلك إذا قسمتها على الأربعة يجيء خمسة أقسام صحيحة. وأما المتوافقان فكلّ عددين لايفنى أحدهما الآخر ولا ينقسم عليه لكن يفنيهما عدد آخر يكونان متوافقين بجزء العدد المفنى : كالثمانية مع الاثنى عشر

. . . .

تفنيهما أربعة فهما متوافقان بالربع ، وكذلك خمسة عشر مع خمسة وعشرين يفنيهما خمسة فتوافقهما بالخمس ، وقد يفنيهما أعداد كاثنى عشر وثمانيةعشر فانه يفنيهما الستة والثلاثة والاثنان فيؤخذ جزء الوفق من أكثر الأعداد فيكون أخصر فى الضرب والحساب . وطريق معرفة الموافقة أن ينقص أحدهما من الآخر أبدا ، فما بقى فخذ جزء الموافقة من ذلك كخمسة عشر مع خمسة وعشرين ، فانك إذا نقصت منها الخمسة عشر تبقى عشرة ، فاذا نقصت العشرة من خمسة عشر تبقى خمسة ، فاذا نقصت الخمسة من العشرة تبقى خمسة فتأخذ جزء الموافقة من خمسة . وطريق معرفة جزء الموافقة أن تنسب الواحد إلى العدد الباقى فما كان من نسبة الواحد إليه فهو جزء التوافق ، مثاله ما ذكرنا . بقى خمسة انسب الواحد إليها تكن خمسا ، فاعلم أن الموافقة بينهما بالأخماس ، وإن كان الجزء المفنى أكثر من عشرة كالستة والثلاثين والأربعة والخمسين فالذى يفنيهما الثمانية وعشر، واثنان وعشرون وثلاثة وثلاثون يفنيهما أحدعشر ، وثلاثون وخمسة وأربعون يفنيهما خمسةعشر ، فانظر فان كان العدد المفنى فردا أولا وهو الذى ليس له جزء صحيح: أى لايتركب من ضرب عدد فى عدد كأحد عشر فقل الموافقة بينهما جزء من أحد عشر لأنه لايمكن التعبير عنه بشىء آخر ، وإن كان العدد المفنى زوجا كالثمانية عشر فيما ذكرنا ، أو فردا مركبا وهو الذى له جزءان صحيحان أو أكثر كخمسة عشر فان لها جزءين صحيحين وهو الخمس ثلاثة والثلاث خمسة ، ويسمى مركبا لأنه يتركب من ضرب عدد فى عدد وهو ثلاثة فى خمسة ، فإن شئت أن تقول كما قلت فى الفرد الأول هو موافق بجزء من خمسة عشر وبجزء من ثمانية عشر ، وإن شئت أن تنسب الواحد إليه بكسرين ينضاف أحدهما إلى الآخر فتقول فى خمسة عشر بينهما موافقة بثلث الخمس وفى ثمانية عشر بثلث السدس ، وقس عليه نظائره. وأما المتباينان فكل عددين ليسا متداخلين ولا متماثلين ولا يفنيهما إلا الواحد كالخمسة مع السبعة ، والسبعة مع التسعة ، وأحد عشر مع عشرين وأمثاله ، وإذا صححت المسألة بما تقدم من الطرق وأردت أن تعرف نصيب كل فريق من التصحيح فاضرب ما كان له من أصل المسألة فيما ضربته فى أصلها فما خرج فهو نصيب ذلك الفريق ومعرفة نصيب كل وارث أن تضرب سهامه فيما ضربته فى أصل المسألة يخرج نصيبه . مثاله : أربع زوجات وستّ أخوات لأبوين وعشرة أعمام ، أصلها من اثنى عشر ، للزوجات الربع ثلاثة لاتستقيم ولا توافق ، وللأخوات الثلثان ثمانية لاتستقيم لكن يوافق بالنصف يرجع إلى ثلاثة ، وللأعمام واحد ، هنا أربعة وثلاثة وعشرة ، بين الأربعة والعشرة موافقة بالنصف ، فاضرب نصف أحدهما فى الآخر يكنّ عشرين ، ثم اضرب العشرين فى ثلاثة يكنّ ستين ، اضربها فى أصل المسألة اثنى عشر يكنّ سبعمائة وعشرين منها تصحّ ، فاذا أردت أن تعرف نصيب كل فريق

فصـــل

وَإِذَا كانَتِ التَّرِكَةُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنانِيرَ وأَرَدْتَ أَنْ تَقْسِمَهَا عَلَى سِهامِ الوَرَثَةِ فاضْرِبْ سِهامَ كُلِّ وَارِثٍ مِنَ التَّصْحِيحِ فِي التَّرِكَةِ ثُمَّ اقْسِمِ المَبْلَغَ عَلَى المَسْأَلَةِ وَإِنْ كانَ بَيْنَ التَّرِكَةِ وَالتَّصْحِيحِ مُوَافَقَةٌ فاضْرِبْ سِهامَ كُلِّ وَارِثٍ مِنَ التَّصْحِيحِ فِي وَفْقِ التَّرِكَةِ ، ثُمَّ اقْسِمِ المَبْلَغَ عَلَى وَفْقِ التَّصْحِيحِ يَخْرُجُ نَصِيبُ ذلكَ الوَارِثِ ،

فقل : كان للزوجات ثلاثة مضروبة فيما ضربته فى أصل المسألة وهى ستون تكنّ مائة وثمانين ، وكان للأخوات ثمانية مضروبة فى ستين يكنّ أربعمائة وثمانين ، وكان للأعمام سهم فى ستين تكنّ ستين ؛ وإذا شئت أن تعرف نصيب كلّ وارث فقل : كان لكل زوجة ثلاثة أرباع سهم مضروبة فى ستين تكنّ خمسة وأربعين ، وكان لكل أخت سهم وثلث فى ستين يكنّ ثمانين ، ولكل عمّ عشر سهم فى ستين تكنّ ستة ، فهذا بيان تصحيح المسائل ومعرفة نصيب كلّ فريق وكل وارث ، فقس عليه أمثاله واعمل بما أوضحته من الطرق تجده كذلك إن شاء الله تعالى .

وطريق آخر لمعرفة نصيب كل فرد : أن تقسم المضروب على أىّ فريق شئت ثم اضرب الخارج فى نصيب ذلك الفريق فالحاصل نصيب كلّ واحد من ذلك الفريق . مثاله ما تقدم من المسألة المضروب ستون تقسمه على الزوجات الأربع تخرج خمسة عشر تضرب فى نصيب الزوجات وهو ثلاثة تكنّ خمسة وأربعين فهو نصيب كل زوجة ؛ ولو قسمتها على الأخوات يخرج لكل أخت عشرة تضربها فى سهامهن وهى ثمانية تكن ثمانين هى لكل أخت ؛ ولو قسمتها على الأعمام تخرج ستة تضربها فى نصيبهم وهو سهم يكن ستة لكلّ عم .

وطريق آخر طريق النسبة ، أن تنسب سهام كل فريق من أصل المسألة إلى عدد رءوسهم ثم تعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكلّ واحد من آحاد الفريق . ومثاله مسألتنا فنقول : سهام الزوجات ثلاثة ينسبها إلى عددهن وهو أربع يكن ثلاثة أرباع المضروب وهو خمسة وأربعون ، وهكذا تعمل فى نصيب الأخوات والأعمام .

فصل فى قسمة التركات

(وإذا كانت التركة دراهم أو دنانير ، وأردت أن تقسمها على سهام الورثة ، فاضرب سهام كل وارث من التصحيح فى التركة ، ثم اقسم المبلغ على المسألة ؛ وإن كان بين التركة والتصحيح موافقة فاضرب سهام كلّ وارث من التصحيح فى وفق التركة ، ثم اقسم المبلغ على وفق التصحيح يخرج نصيب ذلك الوارث) وكذلك تعمل لمعرفة نصيب كل فريق ؛

. . . .

وإن شئت أن تعمل بطريق النسبة كما تقدم ، وإن شئت بطريق القسمة ، وإذا أردت أن تعرف صحة العمل من خطئه فاجمع تفصيله وقابله بالجملة ، فان تساويا فالعمل صحيح وإلا فهو خطأ فأعد العمل ليصحّ إن شاء الله .

مثاله: زوج وأخت لأب وأخت لأم، أصلها من ستة وتعول إلى سبعة، والتركة خمسون دينارا ، فاضرب سهام الزوج وهي ثلاثة في خمسين يكنّ مائة وخمسين ، اقسمها على المسألة وهي سبعة تخرج أحدا وعشرين وثلاثة أسباع ، وكذلك الأخت من الأب ، وسهم للأخت من الأم تضربه في خمسين تكنّ خمسين اقسمها على سبعة تخرج سبعة وسبع ، وإذا جمعت كانت خمسين فقد صحّ العمل . وطريق النسبة أن تنسب سهام الزوج وهي ثلاثة أسباع فيكون له من التركة ثلاثة أسباعها وهي أحد وعشرون وثلاثة أسباع وهكذا تفعل بالباقي . وطريق القسمة أن تقسم التركة على سبعة تخرج سبعة وسبع ، تضربها في سهام الزوج وهي ثلاثة يكنّ أحدا وعشرين وثلاثة أسباع ، وهكذا يفعل بالباقي .

آخر : زوج وأبوان وبنتان ، أصلها من اثني عشر وتعول إلى خمسة عشر ، والتركة أربعة وثمانون دينارا وبينهما موافقة بالثلث ، فاضرب سهام البنتين وهي ثمانية في وفق التركة وهو ثمانية وعشرون تكنّ مائتين وأربعة وعشرين ، اقسمها على وفق التصحيح وهو خمسة تكنّ أربعة وأربعين وأربعة أخماس ، ثم اضرب سهام الأبوين وهي أربعة في ثمانية وعشرين تكنّ مائة واثني عشر ، اقسمها على خمسة تكنّ اثنين وعشرين وخمسين ثم اضرب سهام الزوج وهي ثلاثة في ثمانية وعشرين تكن أربعة وثمانين ، اقسمها على خمسة تكنّ ستة عشر وأربعة أخماس فقد صحت المسألة . وطريق القسمة أن يقسم وفق التركة وهو ثمانية وعشرون على وفق المسألة وهي خمسة يخرج خمسة وثلاثة أخماس ، إن ضربتها في سهام الزوج تخرج ستة عشر وأربعة أخماس ، وفي سهام الأبوين اثنان وعشرون وخمسان وفي سهام البنتين أربعة وأربعين وأربعة أخماس ، والمجموع أربعة وثمانون فقد صحت وطريق النسبة أن تقول : للزوج ثلاثة من خمسة عشر يكون له خمس التركة وهو ستة عشر وأربعة أخماس ، وللأبوين أربعة من خمسة عشر سدسها وعشرها فأعطهما سدس التركة وعشرها وهو اثنان وعشرون وخمسان ، وللبنتين ثمانية من خمسة عشر ثلث وخمس فلهما ثلث التركة وخمسها ، وذلك أربعة وأربعون وأربعة أخماس ، والمجموع أربعة وثمانون فقد صحت المسألة ، وإذا كانت سهام المسألة عددا أصمّ فاعمل ما ذكرت من طريق الضرب ، فان بقي شيء لاينقسم بالآحاد على المقسوم عليه فاضربه في عدد القراريط وهو عشرون واقسمها ، فان بقي من القراريط شيء لاينقسم بالآحاد فاضربه في عدد الحبات ثلاثة ثم اقسمه ، فان بقي شيء لاينقسم فاضربه في عدد الأرزّ أربعة ، فان بقي شيء فانسبه

وكَذَلِكَ يُقْسَمُ بَيْنَ أَرْبَابِ الدُّيُونِ فَيُجْعَلُ مَجْمُوعُ الدُّيُونِ كَتَصْحِيحِ المَسْأَلَةِ ، وَيُجْعَلُ كُلُّ دَيْنٍ كَسَهْمِ وَارِثٍ .

وَمَنْ صَالَحَ مِنَ الغُرَمَاءِ أَوِ الوَرَثَةِ عَلَى شَيْءٍ مِنَ التَّرِكَةِ فاطْرَحْهُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ ، ثُمَّ اقْسِمِ البَاقِيَ عَلَى سِهَامِ البَاقِينَ .

بالأجزاء إلى الأرزة .

مثاله : زوج وجدّة وجدّ وبنت ، من اثنى عشر وتعول إلى ثلاثة عشر ، والتركة أحد وثلاثون دينارا ، فاضرب سهام الزوج ثلاثة فى التركة يخرج ثلاثة وتسعون ، اقسمها على المسألة ثلاثة عشر والتركة أحد وثلاثون دينارا ، فاضرب سهام الزوج ثلاثة فى التركة تخرج ثلاثة وتسعون ، اقسمها على المسألة ثلاثة عشر يخرج لكل واحد سبعة ، بقى اثنان لاينقسمان بالآحاد فاضربهما فى عدد القراريط يكنّ أربعين ، اقسمها على المسألة وهى ثلاثة عشر يبقّى واحد ابسطه أرزا يكن اثنى عشر ، انسبها إلى المسألة بالأجزاء فيكون للزوج سبعة دنانير وثلاثة قراريط واثنى عشر جزءا من ثلاثة عشر جزءا من أرزة ؛ وللجد سهمان اضربهما فى أحد وثلاثين يكنّ اثنين وستين ، اقسمها على المسألة تخرج أربعة يبقّى عشرة. اضربها فى القراريط تكنّ مائتين ، اقسمها على المسألة تخرج خمسة عشر يبقّى خمسة ، ابسطها حبات تكنّ خمسة عشر ، اقسمها على المسألة يبقّى حبتان ابسطهما أرزا تكن ثمانية ، انسبها بالأجزاء فحصل للجدّ أربعة دنانير وخمسة عشر قيراطا وحبة وثمانية أجزاء من ثلاثة عشر جزءا من أرزة ، وللجدة مثله ، وللبنت ضعف الزوج وهو أربعة عشر دينارا وستة قراريط وأرزة وأحد عشر جزءا من ثلاثة عشر جزءا من أرزة وجملتها أحد وثلاثون دينارا فصحت المسألة (وكذلك يقسم بين أرباب الديون فيجعل مجموع الديون كتصحيح المسألة ، ويجعل كل دين كسهم وارث) .

فصل

(ومن صالح من الغرماء أو الورثة على شيء من التركة فاطرحه كأن لم يكن (١) ، ثم اقسم الباقى (٢) على سهام الباقين) .

مثاله : زوج وأم وعم صالح الزوج عن نصيبه من التركة على مافى ذمته من المهر

---

(١) قوله كأن لم يكن ، لايجوز جعله كأن لم يكن ، بل يجعل كأنه استوفى نصيبه .

(٢) قوله ثم اقسم الباقى ، صوابه : اقسم سهامه .

. . . .

فاطرحه كأنها ماتت عن أمّ وعمّ فاقسم التركة (١) بينهما للأم الثلث والباقي للعمّ ، وقد سبق فى الصلح بفروعه وتعليله بتوفيق الله تعالى .

المسائل الملقبات

وقد تقدّم أكثرها فى أثناء الفصول ورقمت أسماءها على الحاشية (٢) ليسهل تناولها ، وهذه مسائل لم تذكر .

المشركة

زوج وأم واثنان من ولد الأم وإخوة وأخوات من الأبوين ، للزوج النصف ، وللأم السدس ، ولأولاد الأم الثلث ويسقط الباقون ؛ وكذا لو كان مكان الأم جدة ، هذا قول أبى بكر وعمر وعلىّ وابن عباس رضى الله عنهم وهو مذهب أصحابنا . وقال ابن مسعود وزيد بن ثابت رضى الله عنهما : العصبة من ولد الأبوين يشاركون ولد الأم فى الثلث ، وهو قول عمر رضى الله عنه آخرا فانه قضى أولا بمثل مذهبنا فوقعت فى العام القابل ، فأراد أن يقضى بمثل قضائه الأوّل ، فقال أحد الإخوة لأبوين : يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حمارا ألسنا من أم واحدة فشرك بينهم وقال : ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضى . سميت مشركة لأن عمر رضى الله عنه شرك بينهم وحمارية لقوله : هب أن أبانا كان حمارا ؛

---

(١) قوله فاقسم التركة ، الصواب أن يقسم ما بقى على سهام من بقى ، فأصل المسألة من ستة ، للزوج النصف ثلاثة ، فلما صولح وخرج من البين اقسم سهامه وهى ثلاثة على سهام الأمّ والعمّ ، فللأم اثنان وللعمّ سهم ، لأن سهام الأمّ من الأصل اثنان ، لأن فرضها ثلث الستة ، وسهم العمّ واحد لأنه عاصب يأخذ ما أبقت الفروض . فالحاصل أنك تطرح سهام الزوج من التصحيح ، وتقسم التركة أثلاثا : للأم الثلثان ، وللعمّ الثلث ، فكان الصواب للمؤلف أن يقول للأم الثلثان وللعم الثلث كما هو المنصوص فى المذاهب من غير خلاف . فما قاله المؤلف مخالف للإجماع كما قاله سيد المحققين قدّس سرّه فى شرح السراجية ، وهو غلط مشهور من صاحب الاختيار ، وجلّ من لاينسى ولا يغلط جلّ جلاله . سبحانك لاعلم لنا إلا ما علمتنا .

(٢) قوله ورقمت أسماءها على الحاشية : المسائل الملقبة التى تقدّم ذكرها : هى مسألة اليتيمتين ، ومسألة الإلزام ، ومسألة المباهلة ، ومسألة أم الفروخ الشريحية ، ومسألة أمّ الأرامل ، والمسألة المنبرية ، وثلاثينية ابن مسعود ، والمسألة الأكدرية ، وقد اكتفينا بذكرها فى فهرس الكتاب ، فمن أراد واحدة منها فلينظر فيه اهـ .

. . . .

ولو كان مكان الإخوة لأبوين إخوة لأب سقطوا بالإجماع ولا تكون مشركة ، والصحيح مذهبنا لقوله عليه الصلاة والسلام « ألحقوا الفرائض بأهلها « فما أبقت فلأولى عصبة ذكر » وأنه يقتضى تقديم أولاد الأم فمن شرّك بينهم فقد خالف النص ّ ولأنه يوافق الأصول ، فان أولاد الأم أصحاب فرض بنص ّ الكتاب ، وأولاد الأبوين عصبة بنص ّ الكتاب على ما سبق ، والتشريك ينافى ذلك .

الخرقاء

أم وجد وأخت ، سميت خرقاء لأن أقاويل الصحابة تخرّقتها. قال أبو بكر رضى الله عنه : للأم الثلث والباقى للجد ؛ وقال زيد : للأم الثلث والباقى بين الجد والأخت أثلاثا ، وقال علىّ . للأم الثلث وللأخت النصف والباقى للجد؛ وعن ابن عباس روايتان : فى رواية للأخت النصف والباقى بين الأم والجد نصفان ، وفى رواية وهو قول عمر رضى الله عنه : للأخت النصف وللأم ثلث الباقى والباقى للجد ، وتسمى عثمانية لأن عثمان انفرد فيها بقول خرق الإجماع فقال : للأم الثلث والباقى بين الجد والأخت نصفان ، قالوا : وبه سميت خرقاء ، أو تسمى مثلثة عثمان ومربعة ابن مسعود ومخمسة الشعبى لأن الحجاج سأله عنها فقال : اختلف فيها خمسة من الصحابة ، وإذا أضيف إليهم قول الصدّيق كانت مسدسة .

المروانية

ستّ أخوات متفرّقات وزوج ، للزوج النصف ، وللأختين لأبوين الثلثان ، وللأختين لأم الثلث ، وسقط أولاد الأب ، أصلها من ستة وتعول إلى تسعة ، سميت مروانية لوقوعها فى زمن مروان بن الحكم ، وتسمى الغرّاء لاشتهارها بينهم .

الحمزية

ثلاث جدات متحاذيات وجد وثلاث أخوات متفرّقات . قال أبو بكر وابن عباس رضى الله عنهم : للجدات السدس والباقى للجد ، أصلها من ستة وتصحّ من ثمانية عشر . وقال علىّ رضى الله عنه : للأخت من الأبوين النصف ، ومن الأب السدس تكملة الثلثين ، وللجدات السدس ، وللجد السدس ، وهو قول ابن مسعود . وعن ابن عباس رواية شاذّة : للجدة أم الأم السدس والباقى للجد . وقال زيد : للجدات السدس والباقى بين الجد والأخت لأبوين والأخت لأب على أربعة ، ثم تردّ الأخت من الأب ما أخذت على الأخت من الأبوين ، أصلها من ستة وتصحّ من اثنين وسبعين وتعود بالاختصار إلى ستة وثلاثين

. . . .

للجدات ستة ، وللأخت من الأبوين نصيبها ، ونصيب أختها خمسة عشر ، وللجد خمسة عشر سميت حمزية لأن حمزة الزيات سئل عنها فأجاب بهذه الأجوبة .

الدينارية

زوجة وجدة وبنتان واثناعشر أخا وأخت واحدة لأب وأم ، والتركة ستمائة دينار ، للجدة السدس مائة دينار ، وللبنتين الثلثان أربعمائة دينار ، وللزوجة الثمن خمسة وسبعون دينارا ، يبقى خمسة وعشرون دينارا لكل أخ ديناران وللأخت دينار ، ولذلك سميت الدينارية ، وتسمى الداودية لأن داود الطائى سئل عنها فقسمها هكذا ، فجاءت الأخت إلى أبى حنيفة فقالت : إن أخى مات وترك ستمائة دينار فما أعطيت إلا دينارا واحدا ، فقال : من قسم التركة ؟ قالت : تلميذك داود الطائى ، فقال : هو لايظلم هل ترك أخوك جدة ؟ قالت نعم ، قال : هل ترك بنتين ؟ قالت نعم ، قال : هل ترك زوجة ؟ قالت نعم . قال : هل معك اثنا عشر أخا ؟ قالت نعم ، قال : إذن حقك دينار . وهذه المسئلة من المعاياة ، فيقال : رجل خلف ستمائة دينار وسبعة عشر وارثا ذكورا وإناثا فأصاب أحدهم دينار واحد .

الامتحان

أربع زوجات وخمس جدات وسبع بنات وتسع أخوات لأب ، أصلها من أربعة وعشرين للزوجات الثمن ثلاثة ، وللجدات السدس أربعة ، وللبنات الثلثان ستة عشر ، وللأخوات ما بقى سهم ، ولا موافقة بين السهام والرءوس ولا بين الرءوس والرءوس ، فيحتاج إلى ضرب الرءوس بعضها فى بعض ، فاضرب أربعة فى خمسة تكن عشرين ، ثم اضرب عشرين فى سبعة تكن مائة وأربعين ، ثم اضرب مائة وأربعين فى تسعة تكن ألفا ومائتين وستين فاضربها فى أصل المسألة أربعة وعشرين تكن ثلاثين ألفا ومائتين و أربعين منها تصح المسألة . وجه الامتحان أن يقال : رجل خلف أصنافا عدد كل صنف أقل من عشرة ولا تصح مسألته إلا مما يزيد على ثلاثين ألفا .

المأمونية

أبوان وبنتان ماتت إحدى البنتين وخلفت من خلفت ، سميت مأمونية لأن المأمون أراد أن يولى قضاء البصرة أحدا فأحضر بين يديه يحيى بن أكثم فاستحقره ، فسأله عن هذه المسألة ، فقال : يا أمير المؤمنين أخبرنى عن الميت الأول ذكرا كان أو أنثى ، فعلم المأمون

. . . .

أنه يعلم المسألة فأعطاه العهد وولاه القضاء . والجواب فيها يختلف بكون الميت الأول ذكرا أو أنثى ، فان كان ذكرا ، فالمسألة الأولى من ستة للبنتين الثلثان وللأبوين السدسان ، فاذاماتت إحدى البنتين فقد خلفت أختا وجدا صحيحا أب أب وجدة صحيحة أم أب ، فالسدس للجدة ، والباقى للجد ، وسقطت الأخت على قول أبى بكر . وقال زيد : للجدة السدس ، والباقى بين الجد والأخت أثلاثا على ما عرف من الأصول وصحح المناسخة كما مرّ من الطريق ، وإن كان الميت الأول أنثى فقد ماتت البنت عن أخت وجدة صحيحة أم أم وجد فاسد أب أم ، فللجدة السدس وللأخت النصف ، والباقى ردّ عليهما ، وسقط الجد الفاسد بالإجماع .

مسائل من متشابه الفرائض

مما يسأل عنها ويمتحن بها الفرضيون ذكرتها رياضة للخاطر . قال محمد بن الحسن : جاء رجل إلى قوم يقتسمون ميراثا ، فقال : لاتقتسموا فان لى امرأة غائبة ، فإن كانت حية ورثت هى ولم أرث أنا ، وإن كانت ميتة ورثت أنا ؛ فهذه امرأة ماتت وتركت أما وأختين لأبوين وأختا لأم وأخا لأب هو زوج أختها لأمها ، فللأختان الثلثان ، وللأم السدس ، وللأخت لأم السدس إن كانت حية ، ولا يبقى لزوجها شىء لأنه عصبة فانه أخ لأب ، وإن كانت ميتة فله الباقى وهوالسدس لأنه عصبة . امرأة جاءت إلى قوم يقتسمون ميراثا فقالت : لاتقتسموا فانى حبلى ، فان ولدت غلاما ورث ، وإن ولدت جارية لم ترث . صورته : رجل مات وترك بنتين وعما وامرأة حبلى من أخيه ، فان ولدت غلاما فهو ابن أخيه وهو عصبة مقدم على العمّ فيرث ؛ وإن ولدت جارية فهى بنت أخ من ذوى الأرحام فلا ترث ؛ ولوقالت : إن ولدت غلاما لايرث ، وإن ولدت جارية ورثت . صورته : امرأة ماتت عن زوج وأم وأختين لأم وحمل من الأب ، إن ولدت جارية فهى أختها لأبيها فيكون للأم السدس ، وللزوج النصف ، وللأخت لأب النصف ، وللأختين لأم الثلث ، أصلها من ستة تعول إلى تسعة ؛ وإن ولدت غلاما فللزوج النصف ، وللأم السدس ، ولأولاد الأم الثلث ، ولا شىء للغلام لأنه عصبة ؛ وإن قالت إن ولدت غلاما لايرث هو ولا أنا ، وإن ولدت جارية ورثت أنا وهى ، فهذا رجل مات وله زوجة حامل هى أمة الغير ؛ قال لها مولاها : إن كان فى بطنك جارية فأنت حرّة ، فاذا ولدت جارية تبين أنها حرّة وابنتها حرّة فترثان ، وإن ولدت غلاما فهى جارية وابنها عبد فلا يرثان ، ولو علق الحرّية بكونه غلاما فالجواب على العكس ؛ وإن قالت : إن وضعت ذكرا أو أنثى لم يرث ، وإن وضعت

. . . .

ذكرا وأنثى ورثا ، هذا رجل ترك أما وأختا لأبوين وامرأة أب حبلى وجدا ، فان ولدت ذكرا أو أنثى عاد الجد ورد سهمه على الأخت لأبوين ، وإن ولدت ذكرا وأنثى رد على الأخت إلى تمام النصف وبقى لهما نصف تسع وهى مختصرة زيد . وإن قالت : إن ولدت ابنا ورثت أنا وهو ثلث المال ، وإن ولدت بنتا لم ترث شيئا ، هذا رجل زوج ابن ابنه بنت ابن ابن له آخر ، فولدت ابنا وصار الابن فى درجة أمه ، ثم مات الرجل وخلف سوى هذين بنتين ، لهما الثلثان ، والباقى وهو الثلث بين الغلام وأمه للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ ولو ولدت بنتا سقط لاستكمال البنات الثلثين وعدم المعصب لهما . ولو قالت :إن ولدت ابنا لم يرث شيئا ، وإن ولدت بنتا فلها النصف ولى الثمن والباقى للعصبة ، هذا رجل خلف عصبة وعبدين لامال له غيرهما فأعتقهما العصبة ، فشهدا بعد العتق لامرأة أنها زوجة الميت حامل منه ، فان ولدت غلاما لم يرثا لأنه لو ورثا سقط العصبة فبطل عتقهما وبطلت شهادتهما فلا تثبت الزوجية والنسب فتوريثهما يؤدى إلى إبطاله ؛ وإن ولدت أنثى فلها الثمن وللبنت النصف والباقى للعصبة ، ونفذ عتق العبدين لأن للعصبة فيهما نصيبا ، فان كان موسرا يضمن نصيبهما وصحت شهادتهما وثبت النكاح والنسب . وإن كان معسرا سعى العبدان والمستسعى كالحر المديون ، وهذا كله على قول أبى يوسف ومحمد . رجل خلف خالا وعما ، ورثه خاله دون عمه ، هذا رجل تزوج أخوه لأبيه أم أمه فجاءت بابن فهو خاله وابن أخيه وهو أقرب من العم ، ويقال : رجل خاله ابن أخيه . ويقال : رجل هو خال عمه ، ويقال : عم خاله . رجل خلف زوجته وأخا لها الثمن والباقى لأخيها ، هذا رجل زوج ابنه حماته فأولدها ابنا فهو أخو زوجته وابن ابنه . رجل هو خال رجل وعمه ، هذا رجل تزوج أب أبيه أم أمه فولدت ابنا فهو خاله وعمه . رجلان كل واحد منهما عم للآخر . صورته : رجلان تزوج كل واحد منهما أم الآخر فولدتا ابنين فكل ابن عم الآخر . وصورة أخرى : رجل تزوج أخوه لأمه أم أبيه فولدت ابنا فالمولود عم الرجل والرجل عمه . رجلان كل واحد منهما خال الآخر . صورته : رجلان تزوج كل واحد منهما بنت صاحبه فولدت ابنا فالابنان كل واحد منهما خال الآخر ؛ أو يقال : هو رجل تزوج أبو أمه بأخته لأبيه فولدت ابنا ، فالمولود خال الرجل والرجل خاله . رجلان أحدهما خال الآخر والآخر عمه . صورته : رجل تزوج امرأة وتزوج ابنه أمها فولدتا ابنين ، فابن الأب عم ابن الابن ، وابن الابن خال ابن الأب . رجل خلف مالا وورثة فهم رجل واحد ، فان كان ابن الميت فله ألفا درهم ، وإن كان ابن عمه فله عشرون ألفا ، هذا رجل ترك ستين ألف درهم وترك ثمانية وخمسين بنتا ، فان كان الرجل ابنا قاسمهن فنصيبه ألفان ، وإن كان ابن عم فلهن الثلثان وله الباقى وهو عشرون ألفا . رجل باع أباه فى مهر أمه ، هذه حرة تزوجت عبدا فأولدها ابنا ، ثم طلقها فتزوجت سيده على مهر فطالبته

. . . .

وقد أفلس ، فقضى لها بالعبد ، فوكلت ابنها منه ببيعه وقبض مهرها من ثمنه . رجل خلف ستّ ورّاث وتسعين دينارا فأصاب أحدهم دينار واحد ، هذا رجل خلف أما وجدا وأختا لأب وأم وأخوين وأختا لأب فمسألته تصح من تسعين ، وسهم الأخت من الأب دينار واحد . مريض قال لرجل : يرثني زوجتاك وجدتاك وعمتاك وخالتاك وأختاك ، هذا المريض تزوج جدتى الرجل فولدت كل واحدة بنتين فهما خالتاه وعمتاه وقد كان الرجل تزوج جدتى المريض وتزوج أب المريض أم الصحيح فأولدها بنتين فهما أختا المريض لأبيه وأختا الآخر لأمه ، فإذا مات المريض بعد أبيه فقد خلف زوجتين هما جدتا المخاطب وأربع بنات هنّ خالتاه وعمتاه وجدتين هما زوجتاه وأختين لأب هما أختاه لأمه . امرأة تزوجت أربعة ورثت من كل واحد نصف ماله ، هذه امرأة ورثت هى وأخوها أربعة أعبد فأعتقاهم ، ثم تزوجتهم على التعاقب وماتوا ، فلها من كل واحد الربع بالنكاح والربع بالولاء وذلك نصف ماله . امرأة وابنها اقتسموا مال ميت نصفين بغير ولاء ، هذا رجل زوّج بنته ابن أخيه فولدت منه ابنا ، ثم مات هذا الرجل بعد موت ابن أخيه فقد ترك بنته فلها النصف ، وترك ابنها وهو ابن ابن أخيه فيأخذ الباقى بالتعصيب وهو النصف ، ثلاثة إخوة لأم أحدهما ابن عم ، فلهم ثلث المال بالأخوّة لكل واحد تسعة ، والباقى وهو ستة أتساع لابن العم ، فبقى معه سبعة أتساع . رجل خلف ثمانية بنين ومالا ، وقال : يأخذ الأكبر عشرة دنانير وتسع ما بقى ، والثانى عشرين دينارا وتسع ما بقى ، والثالث ثلاثين دينارا وتسع ما بقى ، والرابع أربعين دينارا وتسع ما بقى ، والخامس خمسين دينارا وتسع ما بقى ، والسادس ستين دينارا وتسع ما بقى ، والسابع سبعين دينارا وتسع ما بقى ، والثامن الباقى ففعلوا ذلك ، فكان المال بينهم على السواء : الجواب كان المال سمائة وأربعين دينارا ، فإذا أخذ الأكبر عشرة دنانير تبقى سمائة وثلاثون دينارا تسعها سبعون يأخذها يبقى معه ثمانون وهو ثمن المال يبقى خمسمائة وستون ، فاذا أخذ الثانى عشرين دينارا وتسع الباقى ستين صار معه ثمانون وهو ثمن الجميع يبقى أربعمائة وثمانون ، فاذا أخذ الثالث ثلاثين وتسع الباقى خمسين صار معه ثمانون أيضا يبقى أربعمائة ، فاذا أخذ الرابع أربعين وتسع الباقى أربعين يصير معه ثمانون أيضا يبقى ثلاثمائة وعشرون ، فاذا أخذ الخامس خمسين وتسع الباقى ثلاثين يبقى مائتان وأربعون ، فاذا أخذ السادس ستين وتسع الباقى عشرين يبقى مائة وستون ، فاذا أخذ السابع سبعين وتسع الباقى عشرة يبقى ثمانون يأخذها الثامن فقد حصل لكل واحد منهم ثمانون ، والله أعلم وأحكم بالصواب .

فهـــرس

الجزء الخامس من الاختيار لتعليل المختار